

, DE L'ADMISSION DES FEMMES

AUX

FONCTIONS DE TUTELLE

(Loi du 20 Mars 1917)

UNIVERSITE DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM.

- BARRILLEAU (I. 33), Doyen, Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit public (licence).
- SURVILLE (I. 33), Doyen honoraire, Professeur honoraire.
- ARNAULT DE LA MENARDIERE (I. 33), Professeur honoraire.
- PARENTEAU-DUBEUGNON (I. 33), Professeur honoraire.
- ARTHUYS (I. 33), Professeur honoraire.
- NORMAND (I. 33), Professeur honoraire.
- BONNET (I. 33), Professeur de Droit romain, chargé du Cours de Pandectes et chargé du Cours d'Eléments du Droit constitutionnel et Garanties des libertés individuelles.
- PETIT (I. 33), Professeur de Droit romain et chargé du Cours de Législation et Science financières.
- PREVOT-LEYGONIE (A. 33), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), et de Droit constitutionnel comparé (Doctorat), et chargé du Cours de Droit international public (Licence).
- GIRAULT (*, I. 33), Professeur d'Economie politique (Licence) et chargé du Cours de Législation et Economie coloniales.
- DUBOIS (I. 33), Professeur d'Histoire des Doctrines économiques (Doctorat), chargé d'un cours d'Economie politique (Licence) et chargé du Cours de Législation et Economie rurales.
- TESTAUD (I. 33), Professeur d'Histoire générale du Droit français (Licence), et chargé du Cours d'Histoire du Droit français (Doctorat) et du Cours de Législation industrielle.
- HUBERT (A. Y), Professeur de Droit civil, Assesseur du Doyen.
- CHERON (A. 33), Professeur de Droit commercial.
- AUDINET (I. 33), Professeur de Droit civil et chargé du Cours de Droit international privé.
- BINET (A. 33), Professeur de Droit civil et chargé du Cours de Droit criminel.
- HENRY, Docteur en Droit, chargé d'un Cours de Procédure civile et voies d'exécution.
- VALEGEAS (I. 33), Secrétaire.

COMMISSION

- Président :* M. AUDINET, professeur.
- Suffragants :* M. HUBERT, professeur.
M. BINET, professeur.

UNIVERSITÉ DE POITIERS - FACULTÉ DE DROIT

DE
L'ADMISSION DES FEMMES
AUX
FONCTIONS DE TUTELLE

(Loi du 20 Mars 1917)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

présentée et soutenue, le Vendredi 12 Juillet 1918, à 13 h. 1/2
dans la Salle des Actes Publics de la Faculté

PAR M^{LE} BALLOFY

*Déesse Tutela, idole des Latins,
Marbre froid, femme-esprit, image protectrice,
Tu l'ouïmes enfin, car la femme est tutrice,
Son dévouement, son cœur, s'offrent aux orphelins.*

G. B.

IMPRIMERIE MODERNE

15, rue du Port, CLERMONT-FERRAND

A. DUMONT, Directeur

1918

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

N^o 25
FG
918b

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- ACCARIAS. — *Précis de droit romain*.
- ACOLLAS. — *Nécessité de refondre l'ensemble de nos Codes...*
Paris 1866.
- ARGOU. — *Institution du droit français*. Paris 1730.
- AVRIL DE SAINTE-CROIX (M^{me}). — *Le Féminisme*.
- BAUDRY-LACANTINERIE, CHÉNEAUX et BONNECARRÈRE. — *Des personnes*,
t. IV, 2^e éd. Paris, 1905.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, t. I.
- BEAUCHET. — *Histoire du droit privé de la République athénienne*. 1897.
- BEAUNE. — *Droit coutumier français : De la condition des personnes*. Paris, 1882.
- BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. — *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*. Paris, 1877.
- BONNENFANT. — *Etude de la tutelle légale de la mère*. Th. Dr. Toulouse, 1895.
- BONNET. — *De la puissance paternelle et de la tutelle sur les enfants naturels*. Th. Dr. Paris, 1904.
- BOUSQUET. — *Des conseils de famille... tutelles et curatelles*. Paris, 1813.
- BOYREAU. — *De la tutelle des enfants naturels*. Th. dr. Toulouse, 1900.
- BRIDEL. — *La femme et le droit*. Paris, 1884.
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives*.
- CHARDON. — *Traité des trois puissances, maritale, paternelle et tutélaire*. Paris, 1841.
- H. CAPITANT. — *Comment on fait les lois aujourd'hui (Revue pol. et parlem., 10 juin 1917)*.
- Le Code Civil : *Livre du Centenaire*. Paris, 1904.
- Collection des principaux Codes.
- Compte rendu des travaux du II^e Congrès international des œuvres et institutions féminines tenu en 1900*. Paris, 1902.

- COQUILLE (Guy) et DUPIN. — *Coutumes de Nivernais*. 1804
- CUBAIN. — *Traité des droits des femmes en matière civile et commerciale*. Paris, 1842.
- DALLOZ. — *Répertoire de législation et Supplément : V^o Puissance paternelle, V^o Interdiction, V^o Minorité*.
- DALLOZ. — *Jurisprudence générale*. 4^e Cahier, 1917.
- DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines : V^o Tutela*.
- DOMAT. — *Les loix civiles*. Paris, 1777.
- DUVERGER. — *Condition politique et civile des femmes (Revue pratique, 26, 27, 28, 29)*.
- FERRIÈRE (J. DE). — *Traité des tutelles*. Toulouse 1766.
- FERRIÈRE (J. DE). — *Dictionnaire de droit et de pratique : V^o Femme ; V^o Tutelle ; V^o Tutrice*. Toulouse 1779.
- FRÉMINVILLE (DE). — *Traité de la minorité et de la tutelle*. Clermont, 1845.
- FUSTEL DE COULANGES. — *La cité antique*.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Paris, 1836.
- GAILLARD. — *De la tutelle maternelle*. Th. dr. Paris, 1897.
- GÉRARDIN. — *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain*.
- GIDE. — *Etude sur la condition privée de la femme*. Paris, 1867.
- GIRAUD. — *De la condition des femmes au point de vue de l'exercice des droits publics et politiques*. Paris, 1891.
- GLASSON. — *Histoire du droit français*. Paris, 1904.
- GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de la France, t. VII*. Paris, 1887 et suiv.
- GROUITCH. — *De la tutelle des mineurs en droit international privé*. Th. dr. Paris, 1897.
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. Paris, 1892-1899.
- HUC et ORSIER. — *Code civil italien et Code Napoléon*. 1868. Paris.
- JOZON. — *De la femme tutrice*. Th. dr. Paris 1906.
- Journal Officiel de la République française* (1889-1917).
- LABOULAYE. — *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*. Paris, 1843.
- LAIRTULLIER. — *Les femmes célèbres de 1789 à 1793*.
- LARDY. — *Législation des cantons suisses*. 1877.
- LAURENT. — *Principes de droit civil*. Paris, 1878.

- LAURENT. — *Avant-projet de revision du Code civil belge*. Bruxelles, 1883.
- LAVISSE et RAMBAUD. — *Histoire générale*, t. IX.
- LEFEUVRE. — *Les droits de la mère sur ses enfants dans le droit français contemporain*. Paris, 1913.
- LE FORT. — *Essai historique de la tutelle en droit romain*. Genève, 1850.
- LEGOUVÉ. — *Histoire morale des femmes*. Paris.
- LEHR. — *Éléments de droit civil anglais*.
Éléments de droit civil espagnol. 1890.
Éléments de droit civil russe. 1877.
Éléments de droit civil scandinave. 1901.
La tutelle des mineurs et les conseils de famille Lausanne, 1896.
- LOCRÉ. — *Législation civile*, t. VII.
- LOISEAU. — *Traité des enfants naturels*. Paris, 1811.
- LOISEL. — *Institutes coutumières*. Paris, 1783 (par Eusèbe de LAURIÈRE).
- MAGNIN. — *Traité des minorités, tutelle et curatelle*. Paris, 1833.
- MALOT. — *De la protection et de la tutelle des enfants naturels*. Th. dr. Paris, 1903.
- MARIE. — *Essai sur la condition civile des femmes*. 1865.
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*. 5^e éd. Paris, 1859.
- MAYNZ. — *Cours de droit romain*, t. VII.
- MERLIN. — *Répertoire de jurisprudence : V^o Tutelle ; V^o Curateur*. Paris, 1815.
- MESLÉ. — *Traité des minorités, tutelles et curatelles*. Paris, 1752.
- ORTOLAN. — *Explication historique des Institutes de Justinien*.
- PETIT. — *Traité élémentaire de droit romain*.
- PIOCHE. — *De la tutelle et de la protection des enfants naturels*. Paris, 1900.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, éd. 1915.
- PLESSIS DE GRÉNÉDAN (J. DU). — *Histoire de l'autorité paternelle et de la société familiale en France, avant 1789*. Paris, 1900.
- POREZ (M^{lle}). — *De l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle*. Th. dr.

- POTHIER. — *Traité des personnes.*
Traité de la garde noble et bourgeoise.
Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans.
- PROUDHON. — *Traité sur l'état des personnes*, revu par VALETTE.
Paris, 1848.
- RENAUDOT. — *Le féminisme et les droits publics de la femme.* 1902.
- SALATS. — *De l'exercice de la puissance paternelle et de la tutelle des enfants naturels.* Th. dr. Paris 1901.
- SIMON. — *De la tutelle des enfants naturels.* Th. dr. Paris, 1905.
- SIMONNET. — *Le mundium dans le droit de famille germanique.*
Th. dr. Paris, 1898.
- SAGNAC. — *Législation civile de la Révolution française.* Th. lettr.
Paris.
- TÊTU. — *Etude sur la condition civile de la femme, et spécialement de la femme mariée.* Paris, 1905.
- TURGEON. — *Le Féminisme français.* Paris, 1902.
- VIOLET. — *Histoire du droit civil français.* Paris, 1893.
Etablissements de Saint-Louis. Paris, 1881-1886
- WETTER (Van). — *Droit romain*, t. I. Paris, 1875.

INTRODUCTION

En la loi du 20 mars 1917, pouvons-nous saluer une ère nouvelle pour la femme française ? Aurions-nous enfin abandonné cette opinion injuste et stérile de la femme-enfant que l'on guide éternellement, de la femme-joujou dont on s'amuse et que l'on brise au vent d'un caprice ? Combien nous l'espérons ! Croyez enfin à l'âme féminine sœur de l'âme mâle ; unissez à l'être fort, intelligent et toute raison, l'être de sensibilité, de cœur et d'instinct fin et délicat et de tout dévouement. Unissez-les, ne broyez plus l'un sous les pieds de l'autre ; complétez la haute et vaste intelligence par la finesse, tempérez la raison par le cœur, modérez la puissante personnalité par la généreuse abnégation, et vous aurez enfin le couple idéal qui marchera sûrement, sans détour dans la vie, laissant un sillon d'exemples purs, un essaim de jeunes êtres qui suivront ses traces.

La femme utile, après avoir été dédaignée, telle est la grande voie de réforme où nous nous réjouissons de voir entrer nos législateurs. Après quelles vicissitudes l'admission des femmes à la tutelle, à la curatelle, au conseil de famille, s'est-elle imposée en France, nous nous proposons de le rechercher. Nous souvenant qu'autrefois la femme se trouvait elle-même en tutelle, nous assistons au renver-

sement des rôles et la trouvons tutrice : combien de siècles ont passé entre ces deux conceptions si contraires du rôle de la femme, quelle lente évolution s'est faite dans les esprits, dans les lois, c'est à quoi nous voulons tout d'abord nous attarder un peu, jugeant indispensable cette étude pour pénétrer l'esprit de la loi du 20 mars 1917, pour en comprendre les dispositions et les restrictions qu'elle apporte encore au droit féminin. Nous irons chercher les origines de ce droit dans les vieilles législations orientales, puis en Grèce, à Rome, dans ce lumineux et solide droit romain, si connu et si bien étudié que nous l'aborderons à peine ; nous suivrons l'hésitation des esprits entre les deux systèmes contraires chez les peuples germains envahisseurs, puis dans nos temps féodaux. Nous effleurerons rapidement les réformes à peine esquissées par la Révolution : nous nous étendrons sur notre Code Civil, devant connaître pleinement, et dans l'esprit et dans la lettre, les dispositions que la loi nouvelle modifie.

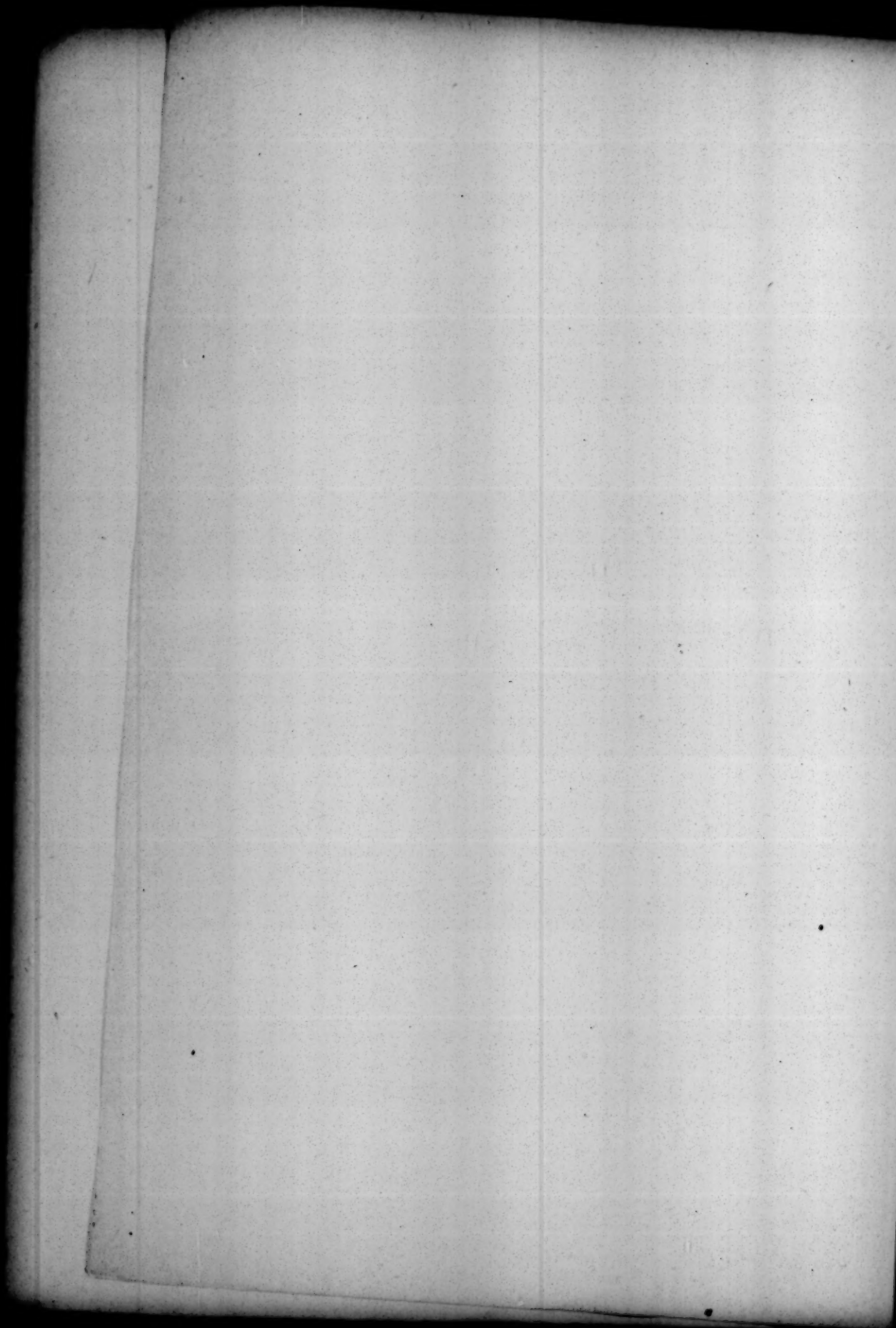
Après l'établissement du Code Napoléon, les idées s'élargissent, les pays voisins travaillent et progressent ; très lentement, le nôtre se laisse pénétrer par l'influence étrangère et moderne. Une loi de très grand progrès retiendra un moment notre attention : la loi du 2 juillet 1907, qui prépare celle du 20 mars 1917. Nous aurons ainsi annoncé la venue de la loi, nous l'aurons située dans son temps, dans son milieu, nous aurons vu les esprits s'ouvrant à l'idée nouvelle ; nous assisterons ensuite à la formation, à la préparation directe de notre loi.

Nous nous efforcerons d'étudier avec le plus grand soin les dispositions qu'elle renferme, et nous nous permettrons, très modestement, d'indiquer certaines modifications qui nous paraissent utiles, quelques dispositions qui nous semblent devoir y être ajoutées.

Félicitant nos législateurs de l'heureuse réforme apportée au Droit féminin, nous souhaitons vivement que dans la même voie de progrès ils nous réservent de nombreuses et agréables surprises.

PREMIÈRE PARTIE

TUTELA MUNUS PUBLICUM



CHAPITRE PREMIER

DANS L'ANTIQUITÉ

« *Mulier ex viro et propter virum* »

Dans l'Antiquité, le rôle de la femme a été longtemps très effacé, comme il l'est encore aujourd'hui chez les populations musulmanes, et cela pour deux raisons principales :

A. — L'autorité presque absolue de l'homme, considéré comme supérieur à la femme à tous égards, surtout au point de vue physique. Pour ces sociétés primitives, la femme est un être faible, incomplet, incapable de manier la lance, donc de se défendre et de défendre autrui. Elle ne saurait revendiquer ses droits ; par elle, les biens de la famille pourraient courir des risques : elle ne doit pas en avoir la libre disposition. Et tel paraît être en réalité l'objet de la tutelle à laquelle on la voit soumise partout.

B. — La polygamie, pratiquée par presque tous les peuples primitifs. Elle devait forcément avoir pour résultat d'amoinrir le rôle de la femme tant au point de vue juridique qu'au point de vue social.

PARAGRAPHE PREMIER

Les Femmes en tutelle en Orient et en Grèce

Dans l'Inde. — La position de la femme était, dans l'Inde, entièrement subordonnée et, par suite, son influence sociale, très restreinte (1). La femme est regardée, ainsi que ses enfants, comme la propriété du père de famille. La loi de Manou proclame son incapacité civile générale et perpétuelle (2) : « Pendant son enfance, la femme doit dépendre de son père ; pendant sa jeunesse, de son mari ; son mari mort, de ses fils ; si elle n'a pas de fils, des proches parents de son mari ; elle ne doit jamais se gouverner à sa guise ».

D'ailleurs, en fait, malgré la polygamie, le rôle de la femme dans la famille et dans la société était certainement beaucoup plus considérable que sa condition juridique ne le laisserait supposer (3). Cependant, la veuve n'a

(1) Marie : *Essai sur la Condition civile des Femmes*, Ed. 1865, p. 35.

(2) Fustel de Coulanges : *La Cité Antique*, p. 94-95.

(3) Marie : *Op. cit.*, p. 35.

jamais dû pouvoir exercer la tutelle de ses enfants, ou une fonction analogue. Ce droit paraît absolument incompatible avec cette espèce de tutelle perpétuelle que la loi lui imposait. A plus forte raison, une femme quelconque n'aurait pu être tutrice d'un enfant étranger, cette fonction supposant une liberté d'action et une vigueur physique et intellectuelle que les Hindoues ne possédèrent jamais.

En Assyrie, en Babylonie, en Perse, dans la Chine, dans le Japon, la polygamie également empêche tout développement du rôle civil des femmes. Ce sont pour ces peuples de véritables instruments, des choses ignorantes et passives qui se vendent et s'achètent, dont la personnalité, lorsqu'elle existe, disparaît complètement devant l'empire despotique du mari et maître (1).

En Egypte, la condition des femmes semble avoir été plus relevée ; la femme était la compagne habituelle de l'homme et partageait avec lui les soucis de famille et l'autorité sur les enfants. Malgré tout, la polygamie ne permettait pas à la femme de prendre réellement place dans la vie civile du pays qui était réservée aux hommes (2).

Chez le peuple juif, la loi mosaïque refuse à la femme tout rôle social, mais à la mère elle reconnaît le droit au respect, à l'obéissance de son enfant : « Honore ton père et ta mère, afin que tu vives heureux et longtemps sur cette terre ». Le père absent, la mère occupe au foyer la

(1) Marie : Op. cit., p. 35-40-41.

(2) Marie : Op. cit., p. 38.

première place ; avant de s'éloigner, le maître remet entre ses mains son autorité paternelle, ainsi le vieux Tobie, à l'heure des adieux, conseille à son fils obéissance et respect à sa mère (1).

En Grèce. — En Grèce, dès les temps primitifs, la condition de la femme apparaît comme beaucoup plus digne que chez les peuples orientaux. Cela tient à la supériorité de l'esprit grec, plus délicat et plus généreux, cela tient aussi à la pratique de la monogamie.

Que l'on considère les origines de la Grèce, où nous reporte la passionnante lecture des vieilles épopées. Il suffit de se rappeler la noble et touchante figure de Pénélope, épouse restée si longtemps fidèle à son mari absent, mère tendre et dévouée du jeune Télémaque. Qu'on relise dans l'Iliade les adieux émouvants d'Hector à Andromaque, lorsqu'il lui confie son fils chéri ; pénétrons un instant avec Ulysse dans le palais d'Alcinoos, le roi des Phéaciens, pour y voir quelle place y tient la mère vénérée de tous, et comment la charmante Nausicaa révèle dans ses paroles et dans ses actes l'éducation la plus soignée.

A l'époque classique, la jeune fille était élevée avec le plus grand soin dans le gynécée, partie de la maison réservée aux femmes. Elle ne se mêlait pas à la vie sociale, sauf pour les grandes fêtes religieuses de la cité. Quand elle était nubile, le mariage avait lieu sans aucun choix de sa part : il lui était imposé par son père, qui fixait la dot avec le prétendant.

(1) Marie : *Op. cit.*, p. 31 et 32.

Une fois mariée, elle s'affranchissait de la tutelle proprement dite pour passer sous l'autorité du mari, qui, à sa mort, pouvait lui choisir un tuteur et même un nouveau mari (1).

Au point de vue religieux, la femme était très inférieure à l'homme : elle n'était jamais chef de culte et ne devenait pas un ancêtre après sa mort (2).

Civilement, la loi la frappait d'une incapacité générale analogue à celle des mineurs. Lui étaient interdits : tout contrat dont la valeur dépassait un médimne et tout procès, quel qu'il fût. Elle n'avait pas la liberté de disposer de ses biens par testament. La loi la plaçait sous l'autorité d'un tuteur qui agissait à sa place et qui pouvait être son père ; à la mort de celui-ci, ses frères et ses agnats ; est-elle mariée ? La tutelle est au mari ; à son défaut, aux agnats de ce dernier.

Le tuteur régissait les biens de la femme et devait la représenter dans ses contrats et procès. Il disposait même de sa personne ; c'est ainsi qu'il pouvait la donner en mariage à qui lui plaisait. Il pouvait disposer de son droit et transmettre sa tutelle à un autre, soit de son vivant, soit à sa mort.

Comme les autres actes civils, la tutelle était réservée aux hommes, interdite même à la mère veuve. Elle ne saurait faire pour autrui ce qu'elle ne peut faire pour elle-

(1) Fustel de Coulanges : *La Cité Antique*, p. 95.

(2) Fustel de Coulanges : *Op. cit.*, p. 94.

même. Le droit de nommer un tuteur par testament lui était aussi refusé (1).

Telles sont les rigueurs qui découlent des principes généraux du droit grec, mais ne sont consacrées par aucun texte de loi (2).

Dans la pratique, dans la vie courante, l'influence féminine apparaît toute autre ; écoutons les poètes et les orateurs, relisons les vieilles inscriptions et les chants, en particulier le document d'Erythrée, celui-ci est formel ; il nous parle d'une femme tutrice de ses enfants. Rapportons-nous aux dires de l'orateur Eschine, qui nous conte une aventure de son rival Démosthène : Celui-ci allait, dit-il, ayant dilapidé sa fortune, en quête d'orphelins riches dont le patrimoine était administré par la mère ; la mère tutrice, administratrice des biens de son enfant mineur, elle existe donc. L'auteur qui rapporte ces faits ne les retient que comme très rares exceptions qui confirment la règle (2) ; pourquoi ne pas les croire plus généralisées ? Des poèmes nous montrent la vie d'un peuple, nous la dépeignent combien mieux que de froides tables de lois ! Si en droit la femme grecque ne possède aucune autorité, il nous semble, qu'en fait, elle règne dans sa maison, elle y occupe la première place et dans la société même elle exerce quelque influence.

La femme admise aux affaires politiques, cela s'est vu à Sparte, dans la Sparte sévère, rigide, de mœurs simples

(1) Ludovic Beauchet : *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*. Ed. 1897, tome II, p. 159 et 188.

(2) Ludovic Beauchet : *Op. cit.*, p. 189.

et pures, cela s'est vu à Athènes, mais sur moins grande échelle, car dans Athènes, ville dépravée, ville de luxe et de mœurs décadentes, la femme perd son autorité et descend du piédestal sur lequel on l'avait élevée (1).

En Grèce, il y eut donc place pour la femme dans la société et dans la famille, mais place de plus en plus restreinte, effacée à mesure que se perdent les vertus jadis cultivées et prônées.

PARAGRAPHE DEUXIÈME

La Femme en tutelle et la Femme tutrice en Droit romain

Le droit romain, du moins à l'origine et à l'époque classique, comporte à l'égard de la femme des dispositions analogues à celles de la législation grecque, et dues, semble-t-il, à des motifs identiques.

Droit ancien et classique. — On sait combien grand était le rôle de la femme dans la famille romaine. Elle était maîtresse dans la maison, comme le mari y était maître. Elle partageait son rang et ses honneurs. Elle était respectée de son époux, vénérée par ses enfants, écoutée par les esclaves. Qu'on se rappelle à ce propos l'histoire du farouche Coriolan, levant le siège de Rome sur

(1) Claudio Jannet : *Les Institutions sociales et le Droit civil à Sparte*, p. 105-106.

les prières de sa mère Véturie, ou encore l'influence profonde de Cornélie sur les deux Gracques, etc... (1).

Mais au regard de la loi, la femme romaine est frappée d'une incapacité civile presque absolue. Comme le patrimoine familial doit être sauvegardé, la femme pubère *sui juris* est toujours munie d'un tuteur qui est chargé avant tout de veiller à la conservation de ses biens et d'en assurer le retour aux agnats de la gens (2), beaucoup plus que de la protéger elle-même, en raison de sa légèreté et de sa faiblesse (*Levitas animi, infirmitas sexus*), de son inexpérience des affaires. Tel est du moins le seul motif indiqué par les jurisconsultes pour expliquer la tutelle perpétuelle des femmes : Ulpien XI, § 1, Gaius I, § 144 ; cependant, Gaius reconnaît aussitôt le peu de valeur de ces raisons : *Magis speciosa videtur*, dit-il, *quam vera* (I § 190) et plus loin (§ 192) à propos de la tutelle légitime du patron et des ascendants, il avoue tout à fait que la tutelle de la femme a pour but de l'empêcher d'aliéner ses biens ou de tester au préjudice de ses futurs héritiers *ab intestat* (3). Une exception remarquable en fournit une preuve : les Vestales, qui étaient autorisées d'agir en public en qualité de sacerdotesses étaient exemptes de la tutelle, en vertu

(1) Bonnenfant : *Etude de la Tutelle légitime de la Mère*, thèse, Toulouse, 1895, p. 15.

(2) Gérardin : *La Tutelle et la Curatelle dans l'ancien Droit Romain*, p. 3. — Van Wetter : *Cours élémentaire de Droit Romain*, p. 272. — Maynz : *Cours de Droit Romain*, t. III, p. 137. — Charles Le Fort : *Essai historique sur la Tutelle en Droit Romain*, p. 25.

(3) Petit : *Traité élémentaire de Droit Romain*, p. 141, n° 120.

d'une disposition formelle de la loi des Douze Tables, disposition que Plutarque attribue au roi Numa (Plut. *Vie de Numa*) (1), or, en même temps, il leur était interdit de succéder *ab intestat* à leur famille (2). La tutelle des femmes, dit M. Accarias (3), procède du même esprit de défiance un peu méprisante qui, plus tard, par les lois Oppia et Voconia, chercha à limiter le luxe et la fortune des femmes (Tite-Liv. XXXIV, 2 et suiv.).

La présence et l'*auctoritas* du tuteur étaient exigés pour la plupart des actes juridiques (4) ; mais, au moins à l'époque classique, il n'avait pas la *gestio* comme les impubères. On sait d'ailleurs que dès la fin de la République les jurisconsultes inventèrent « des espèces de tuteurs qui se trouvèrent au pouvoir des femmes » comme le dit spirituellement Cicéron (5). Déjà l'institution de la *tutoris optio* (4) et ensuite du *Tutor dativus* avaient sensiblement amoindri cette institution. Enfin, sous le Bas-Empire, il se produisit un affaiblissement graduel de la tutelle perpétuelle des femmes, jusqu'à sa complète suppression en 410, par la Constitution d'Honorius et Théodose, laquelle accordait à toutes les femmes le *jus liberorum* qui, depuis Auguste, entraînait dispense de la tutelle.

(1) Charles Le Fort : Op. cit., p. 23.

(2) Petit : *Traité Élémentaire de Droit Romain*, p. 141, n° 120.

(3) Accarias : *Précis de Droit Romain*, éd. 1886, p. 422, n° 163.

(4) Voir pour les détails : Accarias, p. 423 et suiv. ; Petit, p. 141 et suiv., notre sujet ne comportant pas de développement sur ce point.

(5) Cicéron : *Pro Murena*, C. XII, 27, rapporté par Ortolan : *Explication Historique des Institutes de Justinien*, p. 190.

Mais, dans le droit ancien et classique, l'infériorité civile de la femme, telle que nous l'avons brièvement rappelée, devait fatalement l'exclure de la tutelle, qui a toujours été considérée comme étant en principe une fonction publique. *munus publicum*, et par conséquent réservée aux hommes, *officium virile* (1).

La mère elle-même ne pouvait pas devenir tutrice de son enfant mineur après la mort de son mari étant elle-même sous la tutelle de son agnat le plus proche, qui pouvait être un de ses enfants. La loi des Douze Tables donne au père de famille le droit de désigner par testament le tuteur de son enfant. A l'époque classique, le magistrat doit confirmer sa nomination sans enquête. Mais si c'est la mère qui, avant de mourir, indique un tuteur pour son enfant, la confirmation ne peut avoir lieu qu'après enquête préalable sur la moralité et l'aptitude du tuteur (2). Cette seule disposition suffirait déjà pour montrer combien la loi était méfiante à l'égard des femmes.

A défaut de tuteur testamentaire, la loi déférait la tutelle à l'agnat le plus proche, puis aux gentiles. Une fois la gentilité tombée en désuétude, les lois Atilia et Julia-Titia chargèrent de nommer un tuteur à l'impubère sans agnat : à Rome, le préteur urbain et les tribuns de la

(1) Neratius, L. 18, D. de tutel. XXVI, 1 : « *Feminae tutores dari non possunt quia id munus masculorum est* » Gaius I, 16 pr. D. : « *Tutela virile officium est* » — « *plerumque* » passe avec raison pour une addition de Justinien, rapportées par : Petit, op. cit., p. 124, N° 103.

(2) Accarias : Op. cit., p. 333.

plèbe ; dans les provinces, le président. Sous l'Empire, ce furent, à Rome, les Consuls, ou même, à partir de Marc-Aurèle, un préteur spécial. Néanmoins, à titre tout à fait exceptionnel, le prince pouvait, dans ce cas, relever la mère de son incapacité et lui accorder la tutelle de ses enfants (1).

La femme est donc, en principe, exclue de la tutelle. Néanmoins, elle conserve des droits à l'éducation de ses enfants et de l'autorité sur leur personne. On a de très bonne heure distingué cet élément moral du point de vue purement pécuniaire. La mère peut être nommée gardienne, *custos*, de ses enfants, et avoir ainsi une influence considérable (2). Mais le magistrat, qui jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation, peut l'écarter même de cette surveillance. Si en fait elle a géré la tutelle, ses actes seront nuls, elle sera passible de l'action *pro tutelae* comme *falsus tutor* (3).

Par contre, à partir de Sévère et d'Antonin, la mère, l'aïeule et même la nourrice ou toute autre femme devant avoir pour le pupille une vive affection, est admise en première ligne à l'accusation *suspecti tutoris* (4). On peut

(1) Ortolan : *Explication historique des Institutes de Justinien*, p. 142.

Accarias : *Op. cit.*, p. 357.

Bonnenfant : *Op. cit.*, p. 16.

(2) Bonnenfant : *Etude de la tutelle légale de la mère*, thèse, Toulouse, 1895, p. 14.

(3) Robert Jozon : *De la femme tutrice*, thèse, Paris 1906, p. 5.

(4) Accarias, *Op. cit.*, p. 414.

Ortolan : *Op. cit.*, p. 213.

voir en cette faveur une remarquable influence du droit naturel sur les traditions juridiques. De plus, Septime Sévère obligea la mère, en cas de décès du père ou de vacance de la tutelle, à faire nommer par le magistrat un tuteur à ses enfants, s'ils ne se trouvent soumis ni à la tutelle testamentaire, ni à la tutelle légitime (1) ; cependant, si un legs a été fait au mineur sous la condition qu'il ne lui sera pas donné de tuteur, il n'y aura pas déchéance. La nomination du tuteur doit intervenir sur-le-champ, *confestim* ; un délai d'un an est accordé pour circonstances graves et à l'expiration de ce délai la déchéance est encourue, à moins que l'enfant ne meurt dans ce délai ou que la mère ne soit mineure de 25 ans (2). Ainsi, la mère doit intervenir pour assurer la protection des biens de ses enfants, mais elle reste incapable de l'assurer elle-même.

Peu à peu, il arriva, surtout dans les provinces, que des pères de famille instituèrent leurs femmes tutrices testamentaires (3). Tantôt les Empereurs maintenaient la tradition, tantôt ils la faisaient fléchir en laissant accorder la tutelle à la mère.

Droit Byzantin. — Cette tendance devint peu à peu assez forte pour qu'on éprouvât le besoin de la consacrer par un texte de loi. Les empereurs Valentinien II, Théo-

(1) Maynz : *Cours de Droit romain*, t. III, p. 154.

Bonnenfant : *Op. cit.*, p. 17.

(2) Bonnenfant : *Op. cit.*, p. 18.

(3) Papinien, D. 26, 2, *De testamentaria tutela*, 26, pr. ; rapporté par Jozon, *Op. cit.*, p. 7.

dose I^{er} et Arcadius rendirent, en 390, une constitution qui permettait à la mère veuve de réclamer la tutelle de ses enfants.

Plusieurs conditions lui étaient imposées. Il fallait :

1^o Qu'il n'y eût aucun tuteur testamentaire ou légitime ;

2^o Que la mère demandât expressément la tutelle au magistrat ;

3^o Qu'elle fût âgée d'au moins 25 ans ;

4^o Qu'elle promît solennellement, *apud acta*, ne point se remarier (1).

Cette condition s'explique par la défiance que doit inspirer le second mari ; il gèrerait en fait, et souvent mal, une tutelle qui en droit ne saurait lui appartenir. D'ailleurs, au cas où la mère ne tiendrait pas sa promesse, l'enfant devrait avoir une hypothèque tacite sur tous les biens du second mari, comme il en avait déjà en pratique sur les biens propres de la mère. Mais la Constitution ne décide point formellement que la mère perdra ses fonctions de tutrice (2).

Les Empereurs se montrèrent de plus en plus sévères à l'égard de la femme qui se mariait, il faut reconnaître ici l'influence du Christianisme. En 439, Théodose le Jeune et Valentinien l'exclurent de la succession de son fils mineur. Mais elle put échapper à cette interdiction en se désistant de la tutelle et en faisant immédiatement

(1) Accarias : Op. cit., p. 357. Sous Théodose le Jeune, cette promesse jugée insuffisante fut remplacée par un serment.

(2) Jozon : Op. cit., p. 9.

nommer un autre tuteur à ses enfants avant de se remarier. Ainsi, en fait, le second mariage entraîne dès lors la déchéance de la tutelle.

C'est Justinien qui, par des *Novelles* successives, fixa les dernières règles du droit romain, relativement à la tutelle de la mère.

1° Le Code établit pour les enfants naturels issus *ex concubinato* les dispositions suivantes (L. 3 C. Quand. mul. tut. off. V. 35) : si le père était mort sans désigner le tuteur, la mère était autorisée à prendre la tutelle à condition qu'elle jurât ne pas se remarier et vivre chastement, qu'elle renonçât à se prévaloir du Sénatus-Consulte Velleien et qu'elle consentît au pupille une hypothèque sur tous ses biens (1). La renonciation au Sénatus-Consulte Velleien était, en effet, on le comprend, indispensable pour que des tiers puissent contracter avec la mère au lieu et place de son enfant. Quant à l'hypothèque, Justinien ne faisait sur ce point que sanctionner la pratique.

2° Plus tard, en 539, par la Novelle 94, Justinien étendit ces règles à la mère légitime. Il prononça la perte de plein droit de la tutelle en cas de convol. Mais il supprima, pour la mère légitime, comme pour la mère naturelle, la nécessité du serment de ne pas se remarier, exigeant seulement une promesse solennelle, comme en la Constitution de 390 (2).

(1) Accarias : Op. cit., p. 357.

(2) Accarias : Op. cit., p. 358.

Il exigea de la mère une hypothèque sur tous ses biens et la renonciation au Senatus-Consulte Velleien. Par contre, Justinien fit une dérogation importante au droit commun en décidant que même si elle était créancière ou débitrice, la mère pourrait néanmoins exercer la tutelle (1).

3° En 543, la Novelle 118 vient achever l'évolution du droit en cette matière. Elle appelle à la tutelle les cognats au lieu des agnats. La mère y est admise de plein droit, au premier rang, si le père n'a pas nommé de tuteur testamentaire. Les conditions déjà édictées par Justinien subsistent, notamment la promesse solennelle de ne pas se remarier ; la Novelle ne contient aucune disposition sur l'hypothèque des biens de la mère ; ce silence permet de supposer que Justinien supprima cette charge sur les biens de la mère (2). Mais le sexe devint, pour la femme, une cause d'excuse, et la tutelle ne lui fut jamais imposée (3). Ces dispositions ne sont applicables qu'aux enfants légitimes, la Novelle 118 ne concerne pas les enfants naturels, toujours régis par le Code.

Allant plus loin, Justinien prévoit le cas où la mère manquerait ou s'excuserait et admet la grand-mère à la tutelle dans les mêmes conditions. Mais les autres cognates sont toujours exclues, ainsi que la marâtre et la mère adoptive. La Novelle 118 écarte en termes exprès

(1) Jozon : Op. cit., p. 10 et 11.

(2) Accarias : Op. cit., p. 358.

(3) Jozon : *De la femme tutrice*, thèse, Paris 1906, p. II.

de la tutelle toute autre femme que la mère ou l'aïeule : *Mulieribus... nos interdicimus tutelæ subire officium, nisi mater aut avia fuerit* (Nov. 118, cap. 5) (1).

Conclusion. — L'évolution dont nous venons de parcourir les étapes est une des plus remarquables que présente l'histoire du droit romain. Elle nous montre combien le droit naturel a peu à peu pénétré la tradition juridique et fini par la transformer, aidé d'ailleurs par l'influence toujours grandissante du Christianisme, au point d'aboutir à des principes presque opposés. La femme, par un véritable affranchissement civil, fut progressivement libérée de la tutelle perpétuelle primitive, et plus encore arrivée elle-même à pouvoir exercer la tutelle des impubères.

Malgré tout, même après Justinien, la femme en général reste exclue de la tutelle d'impubères autres que ses propres enfants ou ses petits-enfants. Elle est donc toujours considérée comme inférieure à l'homme, incapable d'une vie civile complète.

(1) Jozon : Op. cit., p. 12 et 13.

CHAPITRE DEUXIÈME

DU DROIT ROMAIN AU CODE CIVIL

PARAGRAPHE PREMIER

La Femme en tutelle et tutrice en droit barbare

Période primitive. — Chez les Germains, avant les invasions, la femme était frappée d'une incapacité juridique complète et soumise à une sorte de tutelle perpétuelle (1) malgré la très grande place morale qu'elle tenait dans la société (2). Cette incapacité est consacrée par presque toutes les lois germaniques : lois lombarde, salique,

(1) Henri Simonnet : *Le Mundium dans le D^r de famille germanique*, p. 43.

(2) Henri Simonnet : *Op. cit.*, p. 45.

ripuaire, des Alamans, bavaroise, des Frisons, des Thuringiens, saxonne, des Burgondes. Chez les Wisigoths l'influence romaine est plus forte, donc moindre l'incapacité féminine (1).

Il n'est pas surprenant de trouver chez un peuple barbare, où presque tout se réglait par les armes, cette tutelle qui fut appelée beaucoup plus tard par les textes *mundium* comme celle des mineurs. Le *mundium* était exercé sur la femme d'abord par son père, puis par son mari, enfin par son plus proche parent mâle, de préférence du côté du père, spécialement par son fils qui, s'il était mineur, se faisait assister de son propre tuteur. C'était un droit de famille établi dans l'intérêt du tuteur que les textes nommeront plus tard *mundwaldus*, droit exercé librement et sans aucun contrôle étranger. Cet aspect de la tutelle provient du caractère patriarcal de la vieille société germanique.

Il s'en suit que la mère, une fois veuve, ne pouvait obtenir la tutelle de ses enfants mineurs. Son incapacité juridique allait même jusqu'à l'exclure des successions. D'autre part, sa faiblesse physique l'empêchait de participer aux procédures judiciaires par les armes, nécessaires pour l'exercice de la tutelle, l'empêchait également de protéger les biens de l'enfant contre une attaque violente. Elle conservait seulement une certaine autorité sur ses enfants. Le tuteur du mineur, comme celui de la femme, devait avant tout jouir des revenus, quand il ne s'en emparait

(1) Henri Simonnet : *Le Mundium dans le D de famille germanique*, p. 43.

pas tout à fait (1). La tutelle paraît avoir été longtemps flottante et soumise aux caprices et aux violences.

En Gaule, après les invasions. — Après les grandes invasions, un changement s'est produit dans les coutumes des Germains. Il est dû à une double cause :

1° A l'influence plus ou moins profonde des Romains vaincus avec qui les Barbares se sont trouvés en contact plus ou moins étroit.

2° Il y faut reconnaître aussi l'influence du Christianisme qui a peu à peu adouci leurs mœurs brutales et beaucoup relevé le rôle social de la femme.

Il importe toutefois de distinguer à cet égard entre les Wisigoths et les Burgondes d'une part, et les autres peuples germaniques.

A. — Les Wisigoths et les Burgondes ont été en contact intime avec les Gallo-Romains et se sont imprégnés des principes du droit byzantin formulés par de nombreux textes. Cette influence sur leurs coutumes nationales se manifeste tout particulièrement dans la question tutélaire.

Ils ont donné à la tutelle ce caractère de protection qu'elle avait fini par prendre en Droit romain. Ils ont conservé, semble-t-il, le *mundium* perpétuel de la femme, mais la mère a été privilégiée comme chez les Romains.

Les Wisigoths, dans la *Lex Romana Wisigothorum*, admirent la tutelle légitime de la mère, en adoptant des règles identiques à celles de la Constitution de 390 (2).

(1) Viollet : *Histoire du Droit civil français*, Chap. IX, p. 534.

(2) *Lex Wisigothorum* IV, 3 c. 3 : rapporté par Simonnet, op. cit., p. 57.

Les Burgondes, allant plus loin, reprennent dans la *Lex Romana Burgondionum*, la dernière législation de Justinien, admettant la mère au premier rang des tutelles légitimes ; elle perd la tutelle en cas de second mariage (1).

Dans les lois barbares des deux mêmes peuples (2), il en est à peu près de même.

B. — Les autres peuples germaniques établis en Gaule qui se sont beaucoup moins romanisés, notamment les Francs, conservèrent au *mundium* germanique son caractère primitif. Néanmoins, on peut remarquer une certaine tendance des coutumes à admettre non la tutelle de la mère, mais, du moins, sa surveillance et son éducation des enfants après la mort du père. Mais elle est loin d'être générale et aucun texte ne la consacre formellement. La mère, en tout cas, est toujours aidée par des hommes dans la protection de l'orphelin. Par exemple, la veuve de Dagobert, celle de Clovis III furent tutrices de leurs enfants, aidées par les maires du palais.

Malgré tout, dans cette période si troublée, le sort de la veuve et de ses enfants restait fort mal assuré. Les Capitulaires de Charlemagne les placèrent ensemble sous la sauvegarde de l'autorité publique, sous le *mundium* royal. L'Eglise s'est, de très bonne heure, préoccupée du sort de la femme et de l'orphelin, elle a encouragé et appuyé la royauté dans cette voie de justice et de pitié. On peut

(1) *Lex Burgondionum* l. IX ; rapporté par Simonnet, p. 57.

(2) Jozon : *De la femme tutrice*, thèse, Paris 1906, p. 16.

à cet égard citer le Concile de Mâcon, en 589, et le Concile de Pavie, en 850 (1).

Hors de Gaule. — Le développement postérieur du droit germanique hors de la Gaule maintient très longtemps le *mundium* de la femme, d'ailleurs atténué. D'autre part, malgré l'influence du droit romain, il ne reconnaît pas la tutelle de la mère, conception étrangère à l'ancien droit germanique (2).

PARAGRAPHE DEUXIEME

La Femme tutrice au Moyen-Age

Il est très difficile de se faire une idée parfaitement exacte de ce que fut la tutelle en France, au Moyen-Age (3). Cela tient à deux causes :

1° La trop grande complexité de cette institution d'origine double, variable suivant les régions et même suivant les classes sociales.

2° L'évolution qu'elle a subie avec le temps, sous diverses influences.

Il est nécessaire de distinguer : le bail ou garde, qui

(1) Viollet : *Op. cit.*, Chap. V, p. 291.

(2) Simonnet : *Le Mundium dans le droit de famille germanique*, p. 58.

(3) Ce que nous dirons du Moyen-Age reste vrai, au moins dans l'ensemble, jusqu'à la Révolution française.

est manifestement la continuation du *mundium* germanique, et la tutelle proprement dite, d'origine romaine.

Bail. — A) **Garde seigneuriale et Garde noble** (1). — Pendant la vie du noble, le rôle de la femme est très important. Quand il fait la guerre, elle est maîtresse au château, elle exerce l'autorité souveraine. Elle dirige l'éducation de ses enfants. Mais, à la mort du mari, son rôle disparaît. Le fief étant une concession faite à charge du service militaire, le suzerain ne saurait le laisser sans défense pendant la minorité du fils (2). D'autre part, il ne veut pas risquer de voir le fief passer aux mains d'un ennemi par le mariage de la fille héritière (3). Aussi, prend-il alors la garde ou le bail de l'orphelin ou de l'orpheline, qu'il conserve jusqu'à sa majorité (4). Quant à la mère, elle n'a aucun droit.

Mais alors, le seigneur devait payer les dettes du vassal défunt et subvenir à l'entretien du mineur. S'il faisait siens les meubles et les créances, s'il jouissait pleinement des revenus du fief, il ne pouvait disposer du fief lui-même. Peu à peu, les seigneurs préférèrent abandonner leur droit entre les mains d'un parent du mineur, qui leur payait un « relief » ou « rachat » et assurait le service du fief. C'étaient les collatéraux ou les ascendants.

(1) Pour la Garde royale, V. Viollet : *Histoire du Droit civil français*, Chap. IX, p. 538.

(2) On sait qu'au XI^e siècle, tous les fiefs avaient fini par devenir héréditaires.

(3) Bonnenfant : *Etude de la tutelle légale de la femme*, p. 21.

(4) Viollet : *Op. cit.*, p. 538.

Au XIII^e siècle, la mère survivante fut généralement préférée à tout autre. De nombreux textes lui accordèrent ce droit (1). Dans quelques provinces, au contraire, la règle ancienne subsista longtemps (Marche-Touraine, Anjou) (2).

La mère pouvait refuser le bail. En effet, le principe « Il n'accepte garde ne bail qui ne veut » (3) a toujours dominé cette matière dans notre ancien droit. En ce cas, c'étaient en général les aïeuls et aïeules qui y étaient appelés et, à leur défaut, les collatéraux. Les ascendants avaient sur les collatéraux certains avantages considérables. Ils payaient très rarement le droit de relief, et finirent même par en être exempts (4). De plus, ils obtenaient presque toujours le soin de la personne de l'enfant, en même temps que la jouissance des biens. Il n'y avait pas alors « double bail » (4).

Primitivement, la mère survivante était obligée de se remarier afin que le service du fief pût être assuré au seigneur. Mais cette condition, due aux nécessités du régime féodal, si contraire à la tradition du droit romain et à la nature, disparut assez vite et même le second mariage fut bientôt mal considéré. La mère perdit le bail si elle se remariait (5). Loisel pose en principe que « Bail

(1) Jozon : *Op. cit.*, p. 20. — Viollet : *Op. cit.*, p. 539.

(2) Jozon : *Op. cit.*, p. 19, note 2.

(3) Loisel : *Institutes Coutumières*, éd. 1783, I, IV, règle 179.

(4) Jozon : *Op. cit.*, p. 21.

(5) Loisel : *Institutes Coutumières*, I, IV, règle XXII ; rapporté par Jozon, *op. cit.*, p. 22.

ou garde se perd... quand le gardien se remarie ». Cependant, en Bourgogne, au XIV^e siècle, la mère remariée n'est pas exclue, le bail se change alors en simple tutelle. Parfois aussi une vie de débauches pouvait faire retirer la garde à la mère.

La mère baillistre ou gardienne jouit à peu près des mêmes droits que le père. Elle a la propriété des meubles et jouit des fruits. Elle n'est généralement pas tenue de fournir caution.

B) **Garde Bourgeoise.** — Une institution analogue fut établie pour les bourgeois. A Paris, la garde bourgeoise fut instituée seulement en 1371 par Charles V et confirmée plus tard par Charles VI, en 1390. Certaines coutumes l'ignorent. Quand elle existe, elle est, à bien des égards, plus restreinte que la garde noble. On l'accorde seulement au survivant des père et mère. Certaines contrées, toutefois, la donnent aux ascendants, à défaut du père et de la mère (Etampes-Montfort) ; mais la garde bourgeoise ne conférait alors aucun émolument à celui qui en était investi ; ce n'était guère qu'une tutelle légitime (1).

La garde se termine à la puberté et se remplace par la tutelle. Une caution est exigée pour la restitution des meubles. La gardienne jouit des revenus, à charge d'entretenir les enfants. Si elle vient à se remarier, elle est déchue de son droit ; en ce cas, un tuteur est élu pour l'administration des biens du mineur. La mère conserve généralement l'éducation de ses enfants.

(1) Jozon : Op. cit., p. 24-25.

Quant aux tenures roturières, il n'y avait guère de bail que pour le père ou la mère. En leur absence, elle donne lieu à une protection voisine de celle du droit romain, souvent appelée tutelle (1).

Tutelle proprement dite. — C'est une institution protectrice des intérêts du mineur : le tuteur est seulement administrateur des biens. La tutelle ne comporte pas de jouissance, aucun avantage pécuniaire, rien que des devoirs envers le mineur. Elle tendit de plus en plus, sous l'influence du droit romain, à se substituer au bail. Elle était réputée *munus publicum* comme chez les Romains. Elle ne pouvait donc pas, en principe, être exercée par des femmes. C'est par un privilège spécial que la mère et l'aïeule pouvaient être tutrices, en raison de l'affection qu'elles doivent avoir pour l'enfant.

Il est nécessaire de distinguer, comme toujours, entre les pays de droit écrit et de droit coutumier :

A) **Droit Ecrit.** — Il y avait trois sortes de tutelle : testamentaire, légitime, dative, c'est-à-dire déférée par le magistrat. Mais la tutelle testamentaire était au premier rang. C'est le plus souvent à la mère survivante que le père la confiait. Souvent, alors, il lui adjoignait des cotuteurs pour l'assister, pour contrôler sa gestion, et même, le cas échéant, demander sa destitution. Le juge n'a pas à confirmer ou infirmer la nomination : il ne peut qu'enlever ses fonctions à la mère, au cas où elle se montrerait

(1) Viollet : Op. cit., p. 541.

incapable de les remplir. Il pouvait arriver que le père indiquât à dessein un autre tuteur afin d'exclure sa femme. En cas de mort **ab intestat**, la tutelle légitime s'ouvre. Elle échoit en première ligne à la mère non remariée, puis à son défaut, à l'aïeul, à l'aïeule (1) et enfin au collatéral héritier présomptif.

Au XVI^e siècle, on trouve de plus en plus des applications de la tutelle dative.

B) Droit Coutumier. — En pays coutumier, et notamment à Paris, « toutes tutelles sont datives » (2). Cependant, quelques coutumes admettent une tutelle testamentaire avec confirmation du juge et une tutelle légitime au profit de la mère survivante ou de l'aïeule (Anjou, Maine, Lille, Douai, Artois) (3) et même dans les coutumes de Bourbonnais, d'Auvergne et de Nivernais, la tutelle testamentaire prime toutes les autres, même sans confirmation du juge (4).

La tutelle dative est déférée par le juge ou par les magistrats municipaux, assistés du Conseil de famille où les femmes ne sont pas admises, sauf, en général, la mère et l'aïeule, mais sans voix délibérative. Le plus souvent, les dispositions testamentaires, quand il y en a, sont prises en considération. On donne généralement la tutelle à la mère ou à l'aïeule.

(1) Claude, Joseph de Ferrière : *Dictionnaire de Droit et de pratique*, p. 848.

(2) Viollet : *Op. cit.*, p. 544.

(3) Jozon : *Op. cit.*, p. 27, note 3.

(4) Viollet : *Op. cit.*, p. 543.

C'est là une charge lourde qu'elle peut ne pas accepter. Mais une fois qu'elle a accepté la tutelle de ses enfants, elle ne peut plus s'en décharger, à moins qu'elle ne convole en secondes noces. Elle perd alors la tutelle perpétuellement. Il semble toutefois que, si l'assemblée des parents y consentait, elle pouvait continuer la tutelle (Arrêt du Parlement de Bordeaux du 27 juillet 1522 — Parlement, Paris, 8 juillet 1567) (1). La mère conserve le droit de veiller à l'éducation de ses enfants. La mère qui se remarie sans avoir, au préalable, fait pourvoir de tuteur à ses enfants, ni rendu compte, est privée de la succession de ses enfants. Si elle n'est pas solvable, les biens du mari sont obligés pour le reliquat de la tutelle (2).

Guy Coquille ajoute : « Ce qui se dit de la mère qui perd la tutelle par le second mariage se doit entendre aussi, si elle vit impudiquement en viduité (3). Les coutumes d'Auvergne et de Bourbonnais disent même que la mère perd la tutelle dès lors qu'elle est fiancée. Guy Coquille approuve cette disposition et en donne ce motif : « Dès lors que cette nouvelle amour a pris siège au cœur d'une femme, elle en chasse l'ancien amour, et le feu d'amour peut estre plus grand pour le temps des fiançailles qu'après le mariage, parce que l'usage de la fructification quotidienne d'un mary diminue sa vivacité. » (3).

(1) Merlin : *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, éd. 1827, p. 198.

(2) Ferrière : *Op. cit.*, p. 849.

(3) Guy Coquille : *Coutumes du Nivernais*, éd. 1804, Chap. XXX, p. 371.

Si la mère remariée devenait veuve une seconde fois, elle ne pourrait être tutrice de ses enfants du premier lit. La mère, une fois tutrice, a sur l'enfant un pouvoir absolu : elle dirige son éducation et administre ses biens.

On voit donc que la tutelle des mineurs est un véritable privilège accordé à la mère et à l'aïeule. Aucune autre femme ne peut être admise à cette charge. La raison en est, comme en droit romain, la légèreté et l'inexpérience du sexe. On admet qu'elles sont corrigées chez la mère et chez l'aïeule par l'affection pour l'enfant. Il est inutile de montrer la fragilité de tels principes, où se cachent mal les prétentions séculaires de l'homme à la complète supériorité sur la femme. On a donné aussi cette raison accessoire et médiocre, que la femme risquerait, en se mêlant trop à la vie civile, de perdre sa pudeur et d'être exposée à des contacts fâcheux. Pothier déclare nettement (1) que « les femmes sont incapables de la tutelle dative ». Ferrière dit, dans son Dictionnaire (2) que « toute autre femme (que la mère et l'aïeule) ne peut être admise à cette charge ». Et il cite l'arrêt du Parlement de Toulouse, du 23 juillet 1629, par lequel il a été jugé qu'une belle-mère qu'un père avait, dans son testament, nommée tutrice à ses enfants d'un premier lit, ne pouvait pas être admise à leur tutelle.

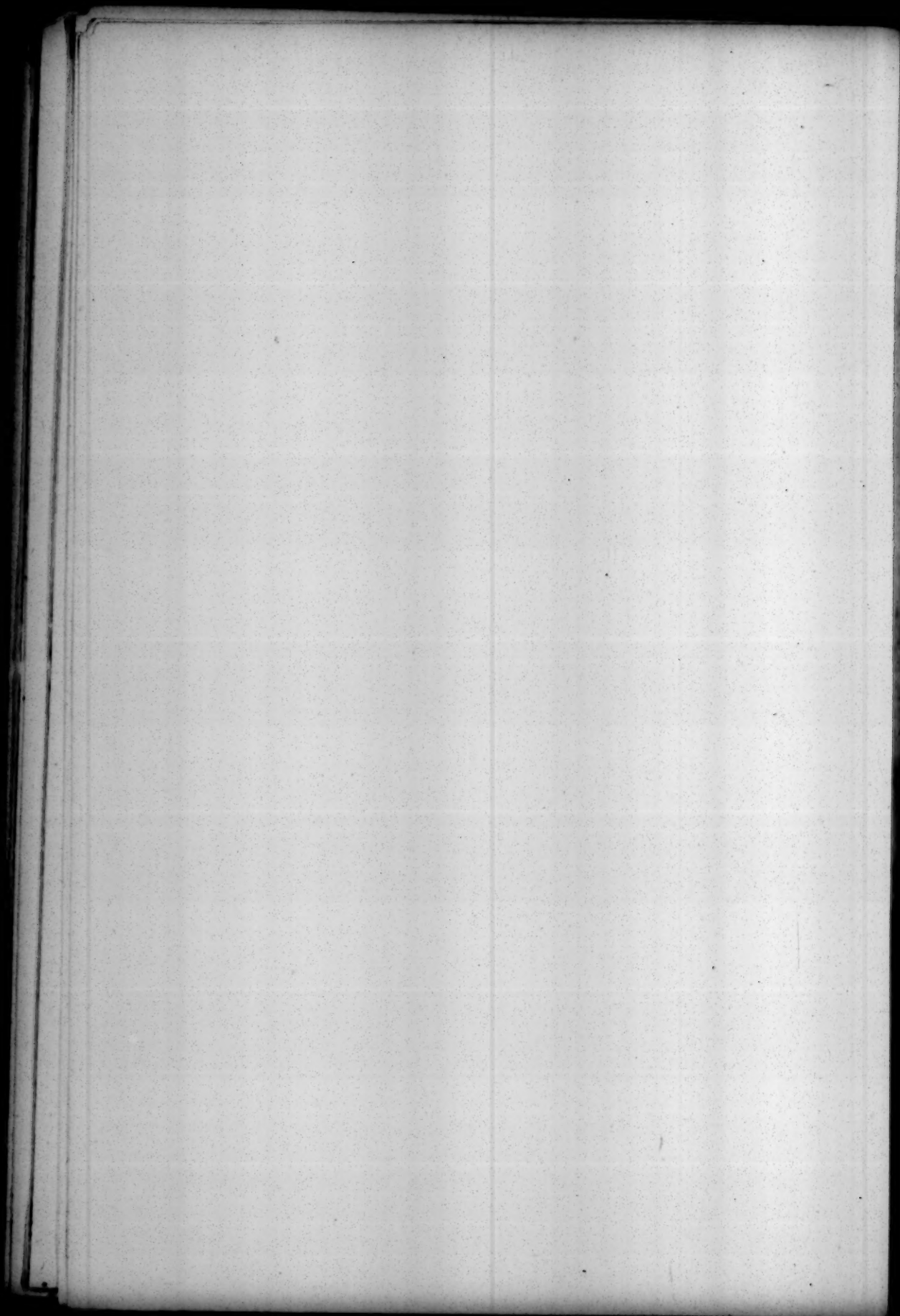
Curatelle du mari. — L'ancien droit, notamment la jurisprudence des Parlements, admettait que la femme

(1) Pothier : *Traité des personnes et des choses*. — Œuvres de Pothier, annotées par Buguet, tome IX, p. 58, N° 153.

(2) Ferrière : *Op. cit.*, p. 849.

pût être curatrice (et non tutrice) de son mari prodigue, furieux et interdit, si elle était capable de cette charge. Ferrière dit qu'en effet « personne ne peut être plus affectionné et plus attentif qu'elle pour veiller à la conservation de son mari et de ses biens. »

On peut voir là un progrès notable sur le droit romain, qui n'admettait pas, en pareil cas, que la femme fût curatrice et la source d'une disposition de notre Code civil.



CHAPITRE TROISIÈME

LE CODE CIVIL

Pendant les XVII^e et XVIII^e siècles, le droit civil du Moyen-Age reste dans l'ensemble encore en vigueur ; on ne lui apporte, au point de vue féminin, aucune amélioration. Mais on voit, dans la vie sociale et politique, les femmes exercer une influence profonde. Les femmes qui s'adonnent à la littérature ou aux beaux-arts deviennent très nombreuses. Dans les salons des grandes dames prend place la discussion des questions les plus variées. Enfin, on aperçoit très souvent, dans le gouvernement de la France, une intervention féminine.

Les femmes ne réclament cependant pas encore une extension de leurs droits civils. C'est le philosophe Condorcet qui, en 1787, formule les premières revendications féministes en les appuyant de raisonnements solides et

convaincants. Par contre, Jean-Jacques Rousseau déclare que la femme est faite spécialement pour plaire à l'homme et qu'elle n'a pas à s'occuper d'autre chose.

Les idées de Condorcet se répandirent vite hors de France, en Allemagne, en Angleterre, en Amérique. Nos révolutionnaires s'en inspirèrent tout d'abord, mais cette influence ne produisit aucun résultat durable.

PARAGRAPHE PREMIER

Le Droit Intermédiaire ⁽¹⁾

La Révolution française se donne pour mission l'affranchissement du genre humain (2). C'est un triomphe de plus en plus marqué de la philosophie, du droit naturel sur la tradition juridique ; il s'épanouit avec la Convention. La devise « Liberté, Egalité, Fraternité » doit s'appliquer à tous, on proclame que la femme doit être l'égale de l'homme.

Divers projets de Code civil, inspirés des principes révolutionnaires et très libéraux à l'égard de la femme (mariée ou non) furent élaborés par les assemblées successives et tous avortèrent. On fit des lois assimilant les

(1) Sagnac : *Thèse, Législation civile de la Révolution française* (1789-1804).

(2) Joseph Charmont : *Les transformations du Droit civil*, éd. 1912, p. 79.

enfants naturels aux enfants légitimes (4 juin 1793 — 12 brumaire an II). Au point de vue de l'organisation de la famille, des droits de la femme, de la mère et de l'enfant, le Code de la Convention est très humain et protecteur des faibles.

Le Code civil consacrera bien encore les grands principes de liberté et d'égalité, mais il réagira contre l'esprit révolutionnaire par de graves réserves apportées à ces principes, tant pour la propriété que pour la famille. Il sera nettement antiféministe, voyant dans la femme une mineure, une incapable qui doit être soumise à l'autorité du mari et qui ne doit jouir d'aucun droit important. Cela tient à deux raisons :

1° Le Code constitue une réaction de l'esprit juridique, d'abord faible, puis plus forte après 1800, sur l'esprit révolutionnaire. C'est une œuvre de transaction entre le passé et les idées nouvelles dont on s'effraie et dont on n'ose tirer les conséquences. La tradition romaine est toute-puissante chez Bonaparte et Cambacérès. Les juristes de droit écrit comme Malleville (1) et Portalis (2), ce dernier philosophe, modéré et pratique, viennent la renforcer.

Les défenseurs du droit coutumier sont Tronchet 3, président du Tribunal de Cassation, et Bigot de Préame-

(1) Planiol : *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, p. 32.

(2) Baudry-Lacantinerie : *Traité théorique et pratique du Droit civil*, 2^e éd., t. I, p. 48.

(3) Baudry-Lacantinerie : *Op. cit.*, t. I, p. 48.

neu (1). Ce sont donc des théories comme celle de la fragilitas sexus, du munus virile qui s'imposeront malgré leur caractère déjà suranné.

2° Il faut surtout voir ici l'influence personnelle de Napoléon Bonaparte. Il n'aime pas les femmes, qu'il considère comme des servantes, des instruments de plaisir, des procréatrices d'enfants. Il prétend donc leur interdire toute action sociale et politique. (2).

Et pourtant l'idée féministe se développait. Les femmes avaient pris à la Révolution une part importante. De nombreuses brochures avaient paru et continuaient à paraître sur la situation de la femme. Quelques féministes violentes faisaient entendre leur voix, réclamant impérieusement des droits pour les femmes (3). Les plus célèbres sont Olympe de Gouges, Théroigne de Méricourt, Rose Lacombe (4). On lit dans le journal des Droits de l'Homme (n° du 10 août 1791), cette curieuse protestation : « Sans contredit, le plus grand ouvrage qui soit sorti de la tête de nos législateurs, c'est la Déclaration des Droits de l'Homme. Mais ils auraient dû faire le pendant, ils auraient dû décréter les Droits de la Femme... Ces Messieurs ont manqué aux devoirs de la reconnaissance (5) ...

(1) Plantol : Op. cit., t. I, p. 32.

(2) Joseph Charmonet : *Les transformations du Droit civil*, p. 79.

(3) Renaudot : *Le Féminisme et les droits publics de la femme*, p. 26.

(4) Mme Avril de Sainte-Croix : *Le Féminisme*.

Lairtullier : *Les Femmes célèbres de 1789 à 1793*, t. II

(5) Suit un chaleureux éloge de la sensibilité féminine.

N'avez-vous pas réfléchi qu'avec de pareils avantages, les femmes méritaient des droits particuliers ?... » Olympe de Gouges demande énergiquement au législateur une égalité complète de l'homme et de la femme, qu'elle déclare établie par la nature (1).

Mais l'heure de l'affranchissement de la femme française est maintenant reculée pour longtemps : ce sera l'œuvre du XX^e siècle.

PARAGRAPHE DEUXIEME

Origine du Titre de la Tutelle

Notre Code Civil consacre à la tutelle un titre assez long (Livre I, titre X. De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation). C'est, à peu de chose près la reproduction du premier projet de loi sur la Minorité, etc..., élaboré par la section de législation du Conseil d'Etat, et présenté à la discussion dans la séance générale du 26 Frimaire an X (17 décembre 1801).

La suspension des travaux du Code Civil étant survenue peu après, la discussion qui avait été à peine entamée ne fut reprise que le 14 octobre 1802. La rédaction définitive fut communiquée le 3 novembre à la section de législation du Tribunat, qui présenta de nombreuses observations. C'est le 16 mars 1803 que M. Berlier présenta le

(1) Renaudot : Op. cit., p. 9.

projet définitif au Corps Législatif et en exposa les motifs. L'assemblée générale du Tribunat en vota l'adoption presque à l'unanimité, le 24 mars, sur le rapport de M. Huguel, au nom de la section de législation. Ce vœu fut porté au Corps Législatif le lendemain et M. Leroy en exposa les motifs. Le Corps Législatif vota ensuite le projet à une énorme majorité : il fut promulgué le 5 avril 1803 (1). Grâce aux discussions parfois très vives, soulevées par le projet, grâce aux divers exposés des motifs et au rapport de Berlier, il nous sera facile de voir dans quel esprit les dispositions du Code ont été établies et à quelles préoccupations certains articles répondent. Nous y trouverons, en particulier, de remarquables divergences d'opinion relatives à la tutelle féminine.

PARAGRAPHE TROISIÈME

Dispositions du Code relatives à la Tutelle (généralités)

Disparition de la garde. — L'abolition des droits féodaux en 1790 avait fait disparaître la garde royale ou seigneuriale. La garde noble avait naturellement cessé d'exister avec l'abrogation des privilèges nobiliaires. Quant à la garde bourgeoise, elle était devenue de plus en plus

(1) Loqué : *Législation civile*, t. VII.

Fenet : *Recueil complet des travaux prépar. du C. civil*, tome X.

rare et la garde roturière avait été depuis longtemps supplantée par la tutelle.

Donc, toute la série d'institutions tutélaires que notre ancien Droit devait au Droit germanique et que le régime féodal avait développées, avait disparu avec le grand bouleversement politique et social par lequel venait de se terminer le XVIII^e siècle. Il ne restait plus que la tutelle, déjà fortement établie dans nos mœurs par l'influence de la tradition romaine.

Tendances unitaires. — Mais on se rappelle l'infinie diversité de notre ancien droit en cette matière. Or rien n'était plus contraire à l'esprit de la Révolution, dont les tendances unitaires se sont manifestées dans tous les domaines. Au point de vue du Droit civil, ces tendances ne furent vraiment réalisées que par la confection du Code due à l'inspiration de Bonaparte. Le Code n'apportera rien d'absolument nouveau, ses législateurs eux-mêmes l'ont reconnu : ils ont voulu faire œuvre de conciliation, de transaction, en détruisant le moins possible du passé. Ce seront des éléments anciens pris soit dans le Droit coutumier, soit dans le Droit écrit, améliorés et coordonnés en un système cohérent applicable à la France toute entière.

Il en est ainsi notamment pour la question de la tutelle : les règles formulées par notre Code sont un compromis entre les Coutumes et les dispositions du Droit Ecrit. En outre, « pour la dévolution de la tutelle, les rédacteurs ont tenu largement compte des sentiments d'affection que les parents les plus proches de l'enfant éprouvent naturel-

lement pour lui » (1). Subissant l'influence du droit naturel, ils ont organisé ce qu'on appelle le système de la tutelle de la famille par opposition à la tutelle de l'autorité. (2).

PARAGRAPHE QUATRIEME.

La Tutelle Féminine

Exclusion des femmes. — Le Code décide, en principe, que les femmes sont exclues de la tutelle des mineurs et interdits. L'art. 442-3° dit : « Ne peuvent être tuteurs, ni membres des Conseils de famille... les femmes, autres que la mère et les ascendantes. »

C'est l'application de la vieille maxime romaine, si puissante dans notre ancien droit : *Tutela est virile munus*. Les femmes ont, pense-t-on, peu d'expérience des affaires, elles sont incapables de s'occuper de questions de droit et de questions financières. A dire vrai, on les considère comme intellectuellement inférieures aux hommes, on ne veut point porter atteinte aux privilèges dont ceux-ci ont toujours joui.

Néanmoins, le Code apporte à ce principe rigoureux quatre exceptions et toutes paraissent justifiées par les qualités de cœur essentiellement féminines. Deux se trou-

(1) Baudry-Lacantinerie : *Op. cit.*, t. IV, p. 354.

(2) Baudry-Lacantinerie : *Op. cit.*, t. IV, p. 355-356.

vent dans notre titre, la troisième figure dans le titre XI de la Majorité, de l'Interdiction et du Conseil judiciaire et la quatrième au titre VIII de l'adoption et de la tutelle officieuse.

1° La mère légitime tutrice de ses enfants. — La mère est admise de plein droit à la tutelle de ses enfants légitimes, après la mort de son mari, « après la dissolution du mariage, dit l'art. 390, arrivée par la mort naturelle ou civile (1) de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère. »

Donc la loi ne semble faire, à cet égard, aucune distinction entre le père et la mère. Celle-ci aura à la fois la puissance paternelle s'exerçant sur la personne de l'enfant, et la tutelle sur ses biens.

La minorité de la mère, elle-même, n'y fait pas obstacle, pas plus que celle du père. L'art. 442-1° le dit d'une manière explicite. Cette exception à la règle générale n'a pas été inscrite sans quelque difficulté, si l'on en croit le rapport de Huguet au Tribunal ; mais il a paru injuste de priver les parents mineurs de la tutelle et, de plus, on a estimé que cette circonstance serait assez rare. Malheureusement, on a négligé de régler, dans ce cas, la tutelle.

(1) Les mots « ou civile » qui ne se trouvaient pas dans le texte primitif ont été ajoutés sur la proposition de la section du Tribunal. On sait que la mort civile a été supprimée par la loi du 31 mai 1854.

Particularités de la Tutelle maternelle. — Le Code, s'il met, en principe, sur le même pied, le père et la mère, établit, en fait, diverses particularités restrictives inspirées pour la plupart par un sentiment de méfiance à l'égard de la femme.

1° La mère est sans doute admise de plein droit à la tutelle, le système du droit écrit ayant été préféré, ici, à celui du droit coutumier, comme plus conforme au droit naturel, surtout pour la mère.

Mais la loi lui permet de refuser la tutelle (art 394) ou se démettre de ses fonctions après les avoir acceptées (1). C'est là une grave dérogation à la règle générale, qui fait de la tutelle une charge obligatoire : la loi ne permet pas, en effet, au père, de la refuser, ni à tout autre homme appelé à la tutelle, à moins qu'il n'existe une cause d'excuse prévue par la loi (art. 427 et s.). On n'a pas voulu qu'une charge aussi lourde que la tutelle fut imposée à une femme qui se croit incapable de la remplir. Le refus peut n'être pas motivé. Si elle la refuse, elle devra, néanmoins, continuer « d'en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur » (art. 394) par le Conseil de famille. Elle ne conservera plus alors que la puissance paternelle et son droit d'usufruit légal.

2° Le père peut, en prévision du cas où sa femme exercerait la tutelle, s'il n'a pas confiance en ses aptitudes, lui nommer un conseil (ou conseiller) de tutelle, dont l'assistance lui sera nécessaire soit pour tous les actes de

(1) Baudry-Lacantinerie : *Op. cit.*, p. 389, t. IV.

la tutelle, soit seulement pour certains actes spécifiés (art. 391). Cette nomination doit être faite soit par un acte de dernière volonté, testament ou acte passé dans la forme des testaments, soit par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant notaires (art. 392). Il n'en est pas de même de la mère, qui n'a pas le droit de restreindre ainsi les pouvoirs de son mari.

Ce droit accordé par l'art. 391 n'existait pas dans le projet de loi primitif. Une très vive discussion s'engagea sur le point de savoir si le père peut ôter la tutelle à la mère. Le Consul Cambacérès, très méfiant à l'égard des femmes, voulait, par mesure de prudence, que la mère ne pût agir qu'avec l'assistance du conseil de famille. Il voudrait aussi que le père pût exclure la mère en nommant un autre tuteur. La majorité de la section ne voudrait aucune restriction à la tutelle légitime de la mère, Portalis est de l'avis de Cambacérès. Enfin, Treilhard propose d'accorder au père le droit de nommer un Conseil de tutelle ; l'accord se fait sur cette idée, qui est consacrée par la nouvelle rédaction. Berlier déclare que c'est l'intérêt du mineur qui a dicté cet article et Leroy : que ce Conseil de tutelle suppléera à l'inexpérience de la mère.

Les actes que la mère accomplirait sans l'assistance du Conseil de tutelle, dans les cas où cette assistance est nécessaire, seront donc nuls. Telle est du moins la solution générale de la doctrine et de la jurisprudence (1).

(1) Baudry-Lacantinerie : *Op. cit.*, t. IV, p. 379-380-381.

3° Si la femme se trouve enceinte au moment du décès de son mari, le Conseil de famille doit nommer un « curateur au ventre ». C'est seulement à la naissance de l'enfant que la mère en deviendra tutrice. Le curateur sera alors de plein droit subrogé-tuteur (art. 393).

4° Le Code a pris des dispositions assez sévères pour le cas de second mariage de la mère tutrice :

« Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le Conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. » (art. 395, par. 1^{er}). Cette disposition est spéciale à la mère ; le second mariage du père n'exerce aucune influence sur la tutelle dont il est investi. Dans la première rédaction du projet de loi, le père était soumis à la même règle que la mère. Mais, au cours de la discussion du Conseil d'Etat (22 vendémiaire an XI), on a fini par admettre qu'il fallait établir, entre le père et la mère, une différence ; en effet, le père, qui se remarie, demeure le maître de ses affaires, tandis que la mère cesse de s'appartenir.

A. — Envisageons l'hypothèse de la mère tutrice qui convoque le Conseil de famille :

Celui-ci décidera si la tutelle doit lui être conservée. Leroy dit qu'on n'a pas voulu maintenir la rigueur du droit romain, qui dépouillait la mère de la tutelle par le seul fait des secondes noces ; en effet, il est des cas où l'intérêt même des enfants oblige la veuve à se remarier ; de plus, un second mariage ne prouve pas forcément une diminution d'affection pour les enfants. On a voulu seulement établir une précaution utile.

a) Si le conseil retire la tutelle à la mère, il nommera naturellement un tuteur pour la remplacer. Au cas où la mère redeviendrait libre par la dissolution de son nouveau mariage, elle ne reprendrait pas de plein droit la tutelle qui lui a été enlevée. Mais elle pourrait réclamer la tutelle et le conseil de famille pourrait la lui rendre. Le Code ne le déclare pas expressément, mais cette solution paraît bien conforme aux principes généraux (1).

b) Si le conseil, dûment convoqué, conserve la tutelle à la mère, il lui donne nécessairement pour coluteur le second mari (art. 396). La loi, en effet, suppose que le plus souvent celui-ci gérera en fait la tutelle laissée à la mère et veut avec raison qu'il en ait légalement la responsabilité.

Les deux époux géreront conjointement la tutelle, avec le même pouvoir. Le second mari est responsable des suites de la gestion postérieure au mariage, solidairement avec sa femme (art. 396 fin). Ses biens seront grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121.

Si le mari meurt ou devient interdit, ou si le nouveau mariage est dissous par le divorce ou la séparation de corps, la mère conserve seule la tutelle. Mais s'il s'excuse ou s'il est destitué, la mère perdra la tutelle parce qu'il pourrait encore la gérer en fait, sans avoir ni le titre de tuteur, ni la responsabilité établie par la loi.

B. — Le Code prévoit le cas où la mère ne convoquerait

(1) Baudry-Lacantinerie : Op. cit. IV, p. 392.

pas le conseil de famille. Il décide qu'elle perd de plein droit la tutelle (art. 395).

Mais il arrive souvent que la mère conserve en fait la tutelle. Elle devra alors faire tous les actes conservatoires, et elle sera responsable de ses faits de gestion, ainsi que de son défaut de gestion ; ses biens seront grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121. La loi rend son nouveau mari solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée par sa femme (art. 395 fin). Il sera donc tenu même de la gestion antérieure au mariage. Autrement, il n'y aurait aucune différence avec le cas où la mère aurait légalement gardé la tutelle. Les mots « à compter du jour du mariage », qui figuraient dans le projet de loi, ont été supprimés, après la conférence avec le Tribunal.

Au cas où la mère a ainsi perdu la tutelle, le conseil nommera un autre tuteur pour la remplacer. Il pourrait d'ailleurs, s'il le voulait, donner la tutelle à la mère : la loi ne s'y oppose pas, la doctrine et la jurisprudence suivent cette opinion. Il devrait alors, semble-t-il, donner pour cotuteur à la mère le second mari. La loi décrète sévèrement que la mère remariée et non maintenue dans la tutelle de ses enfants, ne peut leur choisir un tuteur (art. 399) contrairement au principe posé par l'art. 397, que « le droit individuel de choisir un tuteur, parent ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère ». Quant à la mère remariée et maintenue, son choix sera valable, mais à condition d'être confirmé par le conseil de famille (art. 400).

L'aïeule tutrice de ses petits-enfants. — A défaut de père ou de mère et de tuteur choisi par le survivant des père et mère avant de mourir, la loi appelle à la tutelle les ascendants de la ligne paternelle, puis ceux de la ligne maternelle. C'est une tutelle légale, analogue à celle du droit romain et de notre droit écrit : elle se justifie naturellement par l'affection et aussi l'expérience des ascendants. Les ascendants ont d'ailleurs l'excuse de l'âge offerte par l'art. 433.

La loi exclut les aïeules de cette tutelle de droit parce qu'en elles « la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge » (1). Mais elles peuvent être nommées tutrices de leurs petits-enfants, soit par le dernier mourant des père et mère, soit par le conseil de famille, s'il la juge capable de porter cette charge. On admet généralement qu'elles peuvent se faire excuser à raison de leur sexe, sinon de leur âge. Portalis le déclarait au cours de la discussion sans soulever d'objections. Quant au conseil de famille, la loi permet aux ascendantes veuves (le texte très défectueux porte : les veuves d'ascendants) d'en faire partie, même s'il y a déjà six parents (art. 408).

La femme tutrice de son mari interdit. — Dans le titre XI de la Majorité, de l'Interdiction et du Conseil judiciaire, le Code a établi une troisième exception à l'exclusion des femmes de la tutelle. L'épouse peut provoquer l'interdiction de son mari (art. 490) et, par la suite, être nommée tutrice de l'interdit (art. 507). C'est là une tutelle

(1) Locré : Op. cit. VII, p. 176.

purement dative. Par contre, l'art. 506 dit que « le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite » (1). Cette différence est, d'après le rapport fait au Tribunat, un « préservatif contre l'inexpérience ordinaire des personnes du sexe dans la régie des biens et dans les affaires qui en sont la suite ». Mais on n'a pas voulu retirer la tutelle à l'épouse dont on présume la tendresse conjugale.

C'est le conseil de famille qui, après le prononcé de l'interdiction, nomme le tuteur. L'épouse devra-t-elle en faire partie ? Le Code ne le dit pas ; il semble qu'elle peut y avoir voix délibérative, mais sa présence ne paraît pas nécessaire (2).

La loi ne décide pas si elle peut refuser la tutelle qui lui aura été déferée par le conseil de famille ; la solution affirmative semble logique, puisque la mère peut refuser la tutelle de ses enfants.

Le conseil de famille, d'après l'art. 507, doit régler la forme et les conditions de l'administration de la femme. Mais s'il portait atteinte aux droits qui résultent pour la femme de ses conventions matrimoniales, elle serait fondée à recourir devant les tribunaux.

Pour exercer ses droits personnels, la tutrice devra demander à la justice l'autorisation que son mari est, désormais, incapable de lui donner (art. 222). Quant à l'exer-

(1) C'est une exception au droit commun, la tutelle des interdits étant en principe dative.

(2) Baudry-Lacantinerie : *Op. cit.*, IV, p. 760, N° 851.

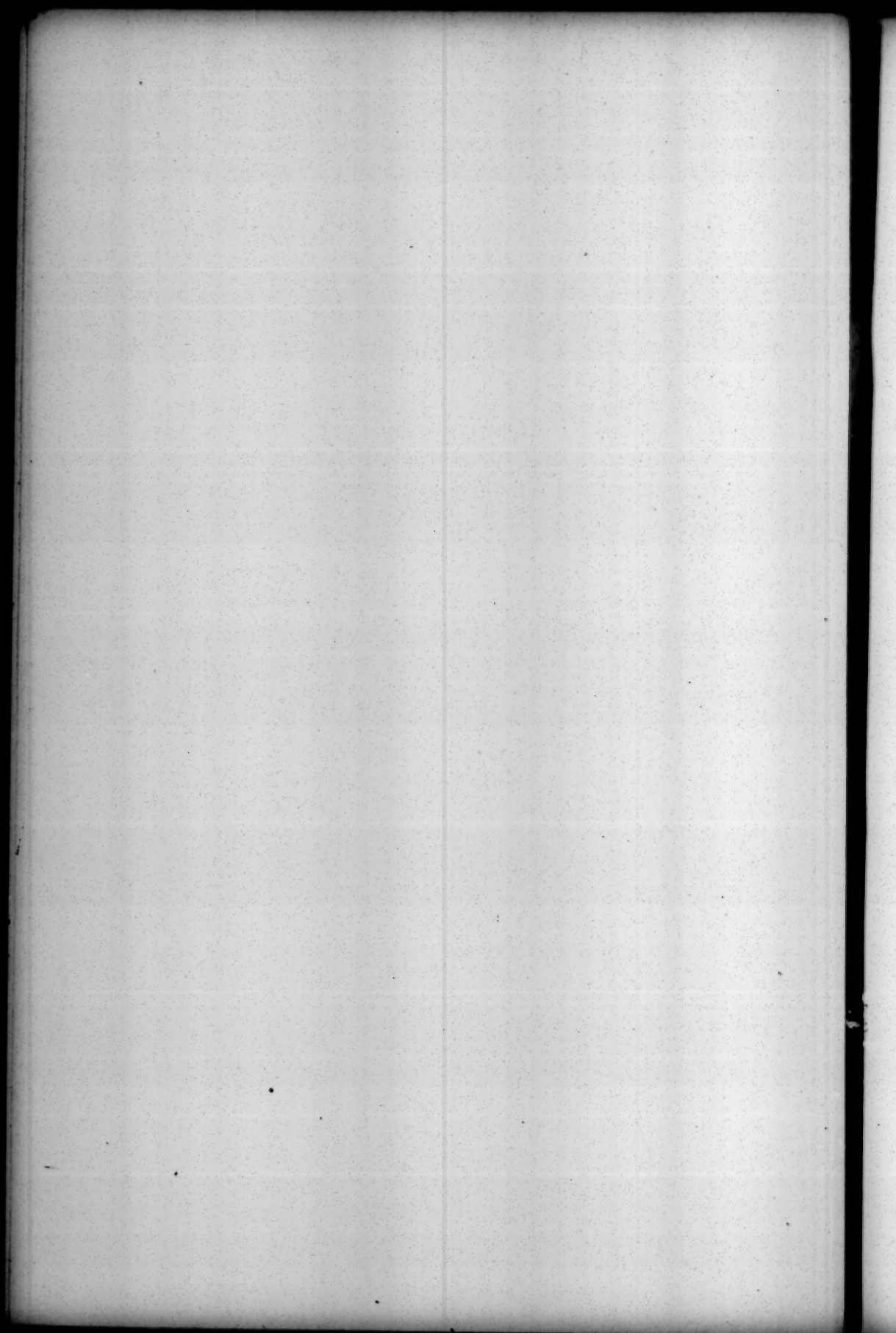
cice des droits qui appartiennent à son mari interdit, elle a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire (1).

Tutelle officieuse. — Le Code civil a créé, à côté de l'adoption, une institution tutélaire qui la remplace pour les mineurs et qui est destinée à la préparer (Titre VIII, art. 361 et suiv.). En fait, la tutelle officieuse est à peu près inconnue, parce que « la bienfaisance aime à s'exercer librement » (2).

De même que l'adoption, cette tutelle est accessible aux femmes comme aux hommes. L'art. 361 dit en effet : « Tout individu âgé de plus de cinquante ans et sans enfants, ni descendants légitimes... pourra devenir tuteur officieux. » La femme mariée devra obtenir le consentement de son mari, de même que le mari devra obtenir celui de sa femme (art. 362). Le Code n'a introduit ici aucune distinction entre la femme et l'homme, cependant il s'agit ici d'une véritable tutelle, c'est donc une preuve de la faiblesse du principe qui exclut les femmes de la tutelle.

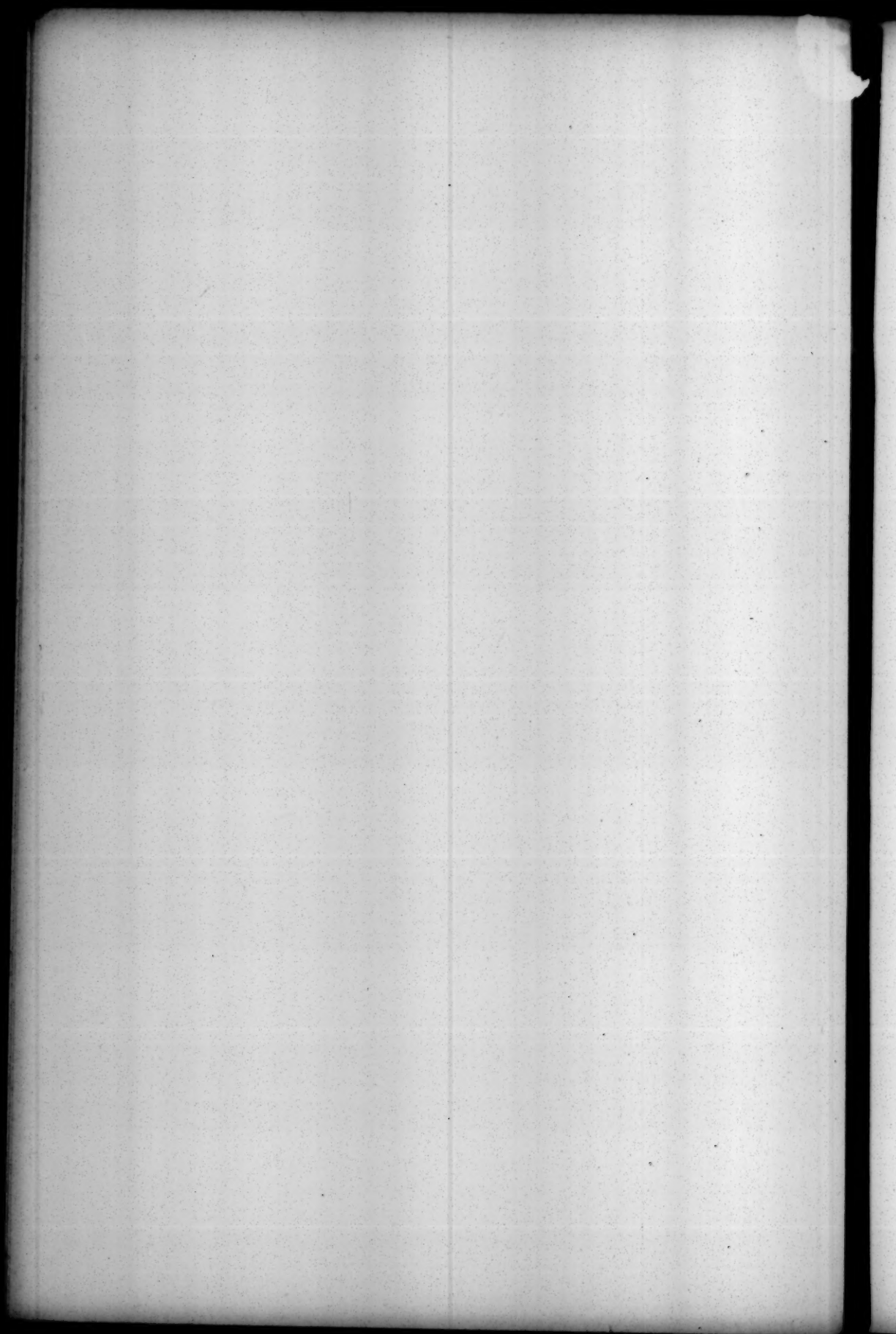
(1) Baudry-Lacantinerie : *Op. cit.*, IV, p. 769-770, N° 867.

(2) Baudry-Lacantinerie : *Op. cit.*, IV, p. 111, N° 108.



DEUXIÈME PARTIE

LES IDÉES MODERNES



CHAPITRE QUATRIÈME

INFLUENCE du CODE CIVIL

LEGISLATION COMPARÉE

Le Code civil est assurément une œuvre législative considérable et digne d'admiration, malgré ses imperfections nombreuses, que nous sentons aujourd'hui beaucoup plus vivement qu'on ne pouvait le faire au début du XIX^e siècle, et surtout malgré le désaccord créé entre certaines de ses dispositions et les aspirations et besoins modernes, par le mouvement des idées, en particulier par le développement du socialisme et du féminisme.

PARAGRAPHE PREMIER

Influence immédiate du Code hors de France

Une fois promulgué, le Code civil devint un véritable évangile pour les juriconsultes. En 1807, on l'appela Code

Napoléon (1), reportant ainsi sur l'Empereur un mérite pourtant bien partagé ; ce nom lui est demeuré jusqu'à nos jours. On sait que hors de l'Empire français, le Code civil exerça une très grande influence et fut presque partout soit adopté, soit imité. Il fut successivement introduit dans les diverses colonies françaises (2) et dans les pays réunis à l'Empire (3) : en Italie (1806), en Hollande (1810), etc. Au centre de l'Europe, d'autres pays l'adoptèrent volontairement (Westphalie, Bade, Nassau, Grand Duché de Varsovie, plusieurs cantons suisses, etc.). Mais à la chute de l'Empire, plusieurs Etats, notamment en Italie, le rejetèrent, officiellement du moins, quitte à le reprendre aussitôt dans la pratique. D'autres se contentèrent de le remanier. La Hollande entreprit un travail de révision qui ne fut terminé qu'en 1837 (4).

Notre Code fut encore imité ou copié par d'autres cantons suisses, beaucoup plus tard par la Roumanie, l'Italie et l'Espagne. Son influence s'étendit jusqu'en Amérique; Haïti (1826), Bolivie, Louisiane (1825) etc. (5).

Il faut donc s'attendre à retrouver dans les législations étrangères des règles semblables ou analogues à celles du Code Napoléon. La matière de la tutelle nous en offre un exemple : elles y adoptent souvent les mêmes solutions que les législateurs de 1804.

(1) Planiol : *Traité élémentaire du Droit civil*, t. I, p. 30, N° 85.

(2) Planiol : *Op. cit.*, t. I, p. 31, N° 86.

(3) Planiol : *Op. cit.*, t. I, p. 53, N° 138.

(4) Planiol : *Op. cit.*, t. I, p. 53, N° 139.

(5) Planiol : *Op. cit.*, t. I, p. 54, N° 140.

Belgique et Luxembourg. — Ces deux pays faisant partie du territoire français furent dotés du Code civil, qui y est encore presque intégralement en vigueur. L'article 442, qui exclut de la tutelle les femmes autres que la mère et les ascendantes, s'y appliquait comme les autres dispositions relatives à la tutelle.

Mais en Belgique, un avant-projet de révision du Code civil fut élaboré et fut confié par le gouvernement au célèbre juriste Laurent, malheureusement cette œuvre considérable n'eut que les honneurs de la publication (1883).

Il contenait, au point de vue de la tutelle, des dispositions intéressantes, d'ailleurs visiblement inspirées du Code civil italien (1).

Laurent ne fait commencer la tutelle qu'après la mort du survivant des père et mère. Jusque-là, c'est seulement la puissance paternelle qui continue à être exercée (2). Le dernier survivant a le droit de nommer un tuteur parent ou étranger (articles 390-391). Aucune mesure de défiance à l'égard de la femme : suppression du conseil, du curateur au ventre ; la mère survivante ne peut se décharger de l'autorité paternelle, pas d'excuse du sexe.

En cas de nouveau mariage, le père comme la mère devra convoquer le conseil de famille, lequel décidera si la puissance paternelle doit lui être conservée (art. 386).

(1) Mlle Porez : *De l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle*, thèse, p. 50.

(2) *Avant-projet de révision du Code civil belge*, t. II, Bruxelles 1883, article 385.

Les femmes autres que les ascendantes, et les sœurs germaines non mariées, ne peuvent être ni tutrices, ni membres des conseils de famille (art. 427, § 2). En effet, dit avec raison Laurent « la sœur germaine est alors la plus proche parente du mineur » (1). — Enfin, la femme est tutrice de droit de son mari interdit, comme dans le Code civil italien (art. 489, § 2 et 4).

Mais le Code belge a été heureusement modifié sur ce point par la loi du 10 août 1909 (2), résultat d'un projet déposé en décembre 1906, voté à l'unanimité par la Chambre et le Sénat. Cette loi est très bien rédigée, assurément très supérieure à celle que nous ont donnée plus tard nos parlementaires. Elle admet sans restriction toutes les femmes à la tutelle, à la subrogée-tutelle, à la curatelle, aux conseils de famille ; elle est donc infiniment plus libérale que l'avant-projet de révision dû à Laurent et s'inspire visiblement du Code civil allemand (3). Elle contient l'excuse du sexe pour toute tutrice. Elle exige l'autorisation maritale et la cotutelle du mari. Elle déclare la femme tutrice de droit de son mari interdit (art. 506). La loi étend la tutelle légale aux ascendantes (nouv. art. 402). Pour les conseils de famille, les sœurs germaines sont exceptées comme les frères germains, de la limitation de nombre (art. 408 modifié).

(1) Sous l'art. 427, note 3 (*Avant-projet*, t. II, p. 264).

(2) *Annuaire de législat. étrangère*, année 1910, p. 262

(3) Nous en étudierons plus loin les dispositions relatives à la tutelle.

Hollande (1). — En Hollande, jusqu'en 1901, les règles sur la tutelle sont analogues à celles de notre Code. Cependant elles sont un peu plus rigoureuses encore pour les femmes.

Les femmes autres que la mère ne peuvent être tutrices (art. 436 — 3^e). La mère est de droit tutrice de ses enfants mineurs après la mort de son mari (art. 400). Le père peut lui nommer un conseil ; en cas de difficultés avec ce conseil la mère peut avoir recours au tribunal d'arrondissement (article 401). Elle peut refuser la tutelle (article 404) et si elle veut se remarier elle est tenue de s'adresser au juge du canton (au lieu du conseil de famille (2)).

Il n'est pas question de la tutelle des ascendantes.

Une autre exception est apportée à l'exclusion des femmes de la tutelle : la femme peut être nommée curatrice de son mari interdit (article 505).

Par l'article 408, le Code Hollandais comble une grave lacune de notre Code, il dispose que la mère, à défaut du père, exercera la tutelle de son enfant légalement reconnu, à moins qu'elle ne soit mineure (3).

Ces dispositions furent modifiées par la loi de 1901 qui permet à la femme d'être nommée tutrice. Elle peut s'en dispenser, sauf la mère. La femme mariée ne peut accepter la tutelle sans l'autorisation de son mari.

(1) Tripels : *Codes Néerlandais*, édit. 1886.

(2) Après la dissolution du nouveau mariage, la mère redevient tutrice.

(3) Jozon : *Op. cit.*, p. 254.

Autriche (1). — Le Code autrichien exclut les femmes en général de la tutelle (article 192). La mère n'exerce la tutelle que si le père n'a pas institué de tuteur, et même l'aïeul paternel lui est préféré (article 198). Les mères ou aïeules qui exercent une tutelle sont assistées d'un cotuteur (art. 311).

Ces mesures de défiance sont légèrement tempérées par l'art. 218 : « La personne du pupille doit être de préférence confiée à la mère, alors même qu'elle n'a pas été chargée de la tutelle ou qu'elle s'est remariée ».

En Hongrie, l'aïeule ne peut pas être tutrice (2).

Serbie. — En Serbie, les femmes autres que la mère ne peuvent être tutrices (3). Celle-ci peut nommer un tuteur par testament.

PARAGRAPHE DEUXIEME

Législations étrangères récentes

Parmi les législations étrangères datant de la seconde moitié du XIX^e siècle, la plupart tiennent compte du mouvement féministe. Elles accordent notamment la tu-

(1) De Clercq : *Code civil autrichien*, édition 1836.

(2) Grouitch : *Tutelle des mineurs en droit interne, privé*, thèse 1897, p. 20.

(3) Grouitch : *Tutelle des mineurs en droit interne, privé*, thèse 1897, p. 36.

telle aux femmes, d'une manière beaucoup plus large que le Code Napoléon et les législations contemporaines de ce code. — Par contre, plusieurs pays en restent aux solutions surannées de notre Code, qu'ils se contentent parfois même de reprendre textuellement, tant son influence a été profonde et durable.

I. Législations arriérées pour la tutelle. — Il existe un certain nombre de législations, cependant assez récentes, qui s'inspirent encore pour la tutelle du Code Napoléon et qui ne tiennent aucun compte des justes revendications des femmes. Il est tout à fait curieux de rencontrer parmi ces attardés les Scandinaves, où pourtant l'on sait que le féminisme a fait des progrès si rapides et si grands. On s'étonnera beaucoup moins d'y trouver l'Angleterre : le caractère arriéré de sa législation tutélaire et autres, s'explique par le traditionnalisme si caractéristique de la race anglaise.

Angleterre. — En Angleterre, pendant longtemps, la tutelle n'appartenait en principe qu'au père ou au tuteur désigné par lui ; si le père n'avait pas nommé de tuteur, par simple tolérance, la mère était considérée comme ayant sur lui les droits d'une tutrice (1). Ce n'est qu'en 1886 qu'une loi sur la tutelle et la garde des enfants, *guardianship of infants act*, crée la mère tutrice de droit à la mort du père, pouvant nommer un tuteur testamen-

(1) Léhr : *Tutelle des mineurs et les conseils de famille*, Lausanne 1896, p. 16-17.

taire, et au cas de prédécès, instituer un conseil qui exercera ses fonctions conjointement avec le père (1).

Portugal. — D'après le Code portugais de 1867, la tutelle ne s'ouvre qu'en cas de décès ou d'incapacité du père et de la mère. Le survivant a le droit de désigner un tuteur.

S'il n'en a pas usé, la tutelle est dévolue par la loi à l'un des aïeuls, frères ou oncles du mineur, en préférant ceux de la ligne paternelle (2).

Principauté de Monaco. — Le Code monégasque de 1888 est la reproduction presque textuelle de notre Code. On y trouve de très légères modifications de détail, comme celle-ci : la responsabilité du second mari de la mère déchu de la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, ne s'étend qu'à la gestion postérieure au mariage (article 293).

Le Code de Monaco prévoit cependant la tutelle des enfants naturels. L'article 292 décide qu'à défaut de reconnaissance par le père, la mère est tutrice de droit de ses enfants naturels reconnus.

Roumanie. — Le Code roumain de 1889, rédigé sur le modèle du Code civil français, prononce à l'égard des femmes la même incapacité que celle édictée par notre

(1) Léon Giraud : *De la condition des femmes au point de vue de l'exercice des droits publics et politiques*, édition 1891, p. 40.
— *Annuaire de législation comparée*, 1886, p. 39 et suiv.

(2) Lehr : *Tutelle des mineurs et les conseils de famille*, p. 23.

article 442-3°. Il introduit la même exception pour la mère survivante, qui d'ailleurs peut refuser la tutelle (art. 346), mais doit le faire dans les quarante jours qui suivent le décès du mari ; il adopte des règles analogues pour le cas de convoi (art. 347).

Bulgarie. — La loi bulgare sur la tutelle, du 27 novembre 1889, ne permet pas aux femmes, sauf aux aïeules et aux mères, d'être tutrices ou membres du conseil de famille (art. 51-3°). La mère peut refuser la tutelle (art. 5). Les autres dispositions de cette loi sont également analogues à celles de notre Code civil.

Pays Scandinaves. — Dans les pays scandinaves, le tuteur doit en général être de sexe masculin. Cependant, en Suède, la question est controversée. En tout cas, partout les femmes sont admises à exercer la tutelle en qualité de mère du mineur ou d'épouse de l'interdit. En Suède, la mère tutrice est assistée d'un cotuteur, ou tenue de prendre pour tout acte important l'avis des parents paternels ; elle est déchue de la tutelle, si elle se remarie, mais elle conserve la garde de l'enfant. En Danemark, la mère tutrice est contrôlée par un cotuteur ; d'après la loi du 7 avril 1899, § 14, l'épouse peut devenir cotutrice de son mari interdit (1).

Ces règles assez étroites paraîtront peu surprenantes, si l'on pense qu'en Danemark (ainsi qu'en Norvège), les veuves peuvent se faire mettre en tutelle, et même en

(1) Lehr : *Eléments de droit civil scandinave*, édit. 1901, p. 343.

Suède une femme majeure non mariée, d'après la loi du 5 juillet 1884 (1).

C'est là un contraste curieux avec les progrès d'autre part accomplis par l'idée féministe dans ces pays. D'ailleurs, la Norvège s'est donné sur ce point une législation plus moderne, en 1911. Peut-être depuis la guerre, des pays jusqu'alors arriérés à cet égard ont-ils adopté des lois plus justes et plus libérales pour les femmes ; mais il ne nous a pas été possible d'en avoir connaissance, et par suite de les signaler dans le présent travail.

Législations plus libérales

Le premier progrès accompli dans cette matière depuis notre Code civil est dû à notre voisine l'Italie, dans son Code de 1865.

Son Code, presque entièrement conforme au nôtre, contient quelques améliorations de détail, en particulier pour la tutelle.

La tutelle ne s'ouvre que lorsque les père et mère sont l'un et l'autre décédés (art. 220) (2) ; c'est une disposition que nous retrouverons dans plusieurs autres Codes et qui simplifie beaucoup la question en éliminant toutes les difficultés que fait surgir la tutelle maternelle (art. 220). La mère survivante ne peut donc qu'exercer comme

(1) Lehr : *ibid.*, p. 353 et 354.

(2) Lehr : *Tutelle des mineurs et les conseils de famille*, Lausanne 1896, p. 22.

le père, l'autorité paternelle. Elle peut nommer un tuteur par testament ou par acte notarié.

En principe, les femmes sont exclues de la tutelle, parce que les rédacteurs du Code italien considèrent encore la tutelle comme un « *munus publicum* » par conséquent virile (1).

Cependant, les ascendantes et les sœurs germaines non mariées peuvent être tutrices, curatrices, membres des conseils de famille (art. 268). L'innovation excellente relative aux sœurs germaines non mariées s'explique très bien, parce que la tutelle sera le plus souvent gérée par elles comme elle l'eût été par une mère, avec autant de sollicitude et de prévoyance.

Le Code italien s'occupe de la tutelle des enfants naturels : la mère naturelle qui a reconnu son enfant en a la tutelle légale pendant sa minorité (art. 184).

Enfin la femme majeure est de droit tutrice de son mari interdit ; à défaut du père, la mère est tutrice de droit de son enfant interdit (art. 329) contrairement à la disposition de notre Code. Mais les femmes sont dans tous les cas, en raison de leur sexe, dispensées de prendre ou de conserver l'exercice de la tutelle (art. 273) (2).

Dans la législation **Russe** (3), les femmes ne sont pas exclues en principe de la tutelle, puisqu'elles ne se trouvent pas mentionnées comme incapables. En Pologne et

(1) Hue et Orsier : *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 103.

(2) Jozon : *Op. cit.*, p. 260.

(3) Lehr : *Éléments de droit civil russe*, 1877.

dans les provinces baltiques cependant, seules la mère et l'ascendante veuve sont admises à la tutelle (1).

En Russie, la mère a le droit de prendre la tutelle après la mort de son mari. Les conditions varient suivant les statuts locaux. Dans la plupart des provinces, la mère jouit du droit de désigner un tuteur testamentaire.

Dans les gouvernements de Tchernigof et de Poltava, la tutelle peut appartenir à défaut de tuteur testamentaire, d'ailleurs en dernière ligne : aux cousines mariées du côté paternel et du côté maternel, les cousines exerçant dans ce cas la tutelle de concert avec leur mari et sous leur commune responsabilité (2).

La législation **Turque**, qui au point de vue civil met presque sur le même pied la femme et l'homme, permet aux femmes d'être tutrices. A la mort de la mère, la grand'mère maternelle peut se déclarer tutrice de l'enfant (3).

Le Code **Espagnol** de 1889 ne réalise pas de progrès sensible en cette matière (4). Les femmes sont exclues de la tutelle, hormis le cas où la loi les y appelle expressément (5).

(1) Lehr : *Éléments de droit civil russe*, 1877, p. 122.

(2) Lehr : *Éléments de droit civil russe*, 1877, p. 116.

(3) Rapport de Mlle Riza, sur *La Condition légale des femmes turques*, au 2^e Congrès international des œuvres et institutions féminines, tenu en 1900 (*Compte rendu des travaux*, t. I, p. 334).
V. Jozon : *Op. cit.*, p. 261.

(4) Lehr : *Éléments de droit civil espagnol*, 1890.

(5) Lehr : *Éléments de droit civil espagnol*, p. 124.

La tutelle ne s'ouvre qu'après le décès des deux parents, la mère exerçant à défaut du père la puissance paternelle, elle la perd en cas de convol, à moins que le père n'en ait décidé autrement (art. 168). La mère peut nommer à ses enfants légitimes ou naturels un tuteur. Si elle est remariée, son choix devra être approuvé par le conseil de famille (1).

A défaut d'ascendant paternel ou maternel, les ascendantes paternelles ou maternelles sont appelées à la tutelle légitime des mineurs, pourvu qu'elles restent veuves (art. 211—3°).

L'épouse a la tutelle de son mari fou ou sourd-muet déclaré incapable. La mère a celle de ses enfants dans le même cas. Cette tutelle peut appartenir aux ascendants et aux frères et sœurs non mariés, en préférant toujours à degré égal les hommes aux femmes (art. 220). Il en est de même de la tutelle des interdits (art. 230).

Le Code **Allemand**, promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, se montre très libéral à l'égard des femmes. On y sent une influence très profonde du droit français, mais les rédacteurs ont toujours tenu un grand compte des idées nouvelles.

Dans ce code, qui supprime l'autorisation maritale pour les actes juridiques de la femme, nous ne nous étonnons pas de voir les femmes admises en général à la tutelle. Elles y sont admises, en effet, puisque la loi ne les fait pas figurer dans la liste des incapables (art. 1780, 1781).

(1) Lehr : *Éléments de droit civil espagnol*, p. 118.

Elles ont d'ailleurs la faculté de décliner dans tous les cas la tutelle (art. 1786), tandis que la loi ne l'accorde jamais à l'homme.

Le Code allemand impose à la mère tutrice qui veut se remarier les mêmes formalités qu'au père tuteur. Toute tutrice qui se remarie peut être relevée de ses fonctions par le tribunal des tutelles. Elle doit l'être lorsque son mari refuse son assentiment. La mère qui se remarie perd la puissance paternelle, tandis que le père la conserve, dans le même cas (art. 1697).

Le Code n'exclut pas davantage les femmes des conseils de famille. De même, le conseil communal des orphelins, rouage de la tutelle d'Etat, si bien organisée par le Code allemand, peut comprendre des femmes (1).

Sont applicables à la tutelle d'un majeur interdit toutes les prescriptions édictées pour la tutelle des mineurs (art. 1897).

Enfin, se trouve réalisée une heureuse réforme civile et sociale, dont la France n'aurait pas dû laisser l'initiative à l'étranger.

Les législations postérieures vont tenir compte du grand progrès réalisé ici par l'Allemagne ; mais nous attendrons encore vingt ans pour suivre l'excellent exemple qu'elle nous a donné.

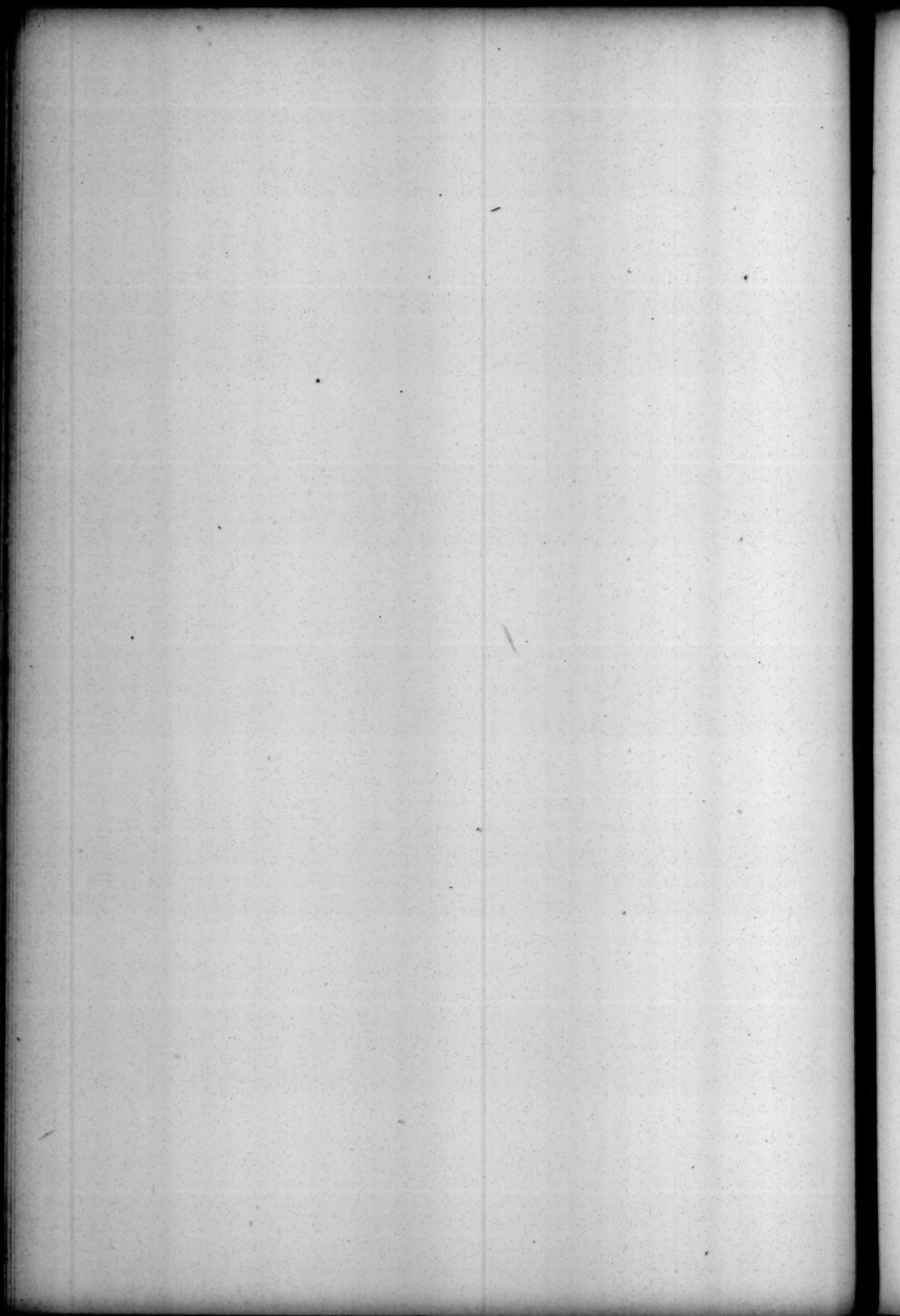
La Suisse s'est donné, le 10 décembre 1907, un Code général, qui se montre à l'égard des femmes d'une

(1) Ordonnance du Ministère d'Alsace-Lorraine du 17 novembre 1899, article 7.

grande libéralité. Jusqu'alors, la législation suisse variait suivant les divers cantons, plus ou moins inspirée de notre Code civil. Elle était en général assez rigoureuse pour les femmes : ainsi, dans la plupart des cantons, la mère elle-même n'était ni tutrice naturelle, ni tutrice légale, de ses enfants mineurs. — Le Code suisse admet aujourd'hui les femmes aux fonctions de la tutelle : d'ailleurs, il ne les leur rend pas obligatoires (art. 384).

La Norvège s'est plus récemment décidée à assimiler complètement la femme à l'homme au point de vue de la tutelle, de la curatelle, des conseils de famille, etc. (Loi du 22 juin 1911) (1). La femme veuve est de droit tutrice de ses enfants, tandis qu'auparavant cette fonction était confiée au parent du sexe masculin le plus proche du défunt. Déjà, depuis le 28 novembre 1898, l'épouse pouvait devenir tutrice de son mari interdit.

(1) *Annuaire de législat. étrang.* 1912, p. 670 (Analyse de la loi).



CHAPITRE CINQUIÈME

CRITIQUE DU CODE EN FRANCE

LE CODE EST JUGÉ INSUFFISANT OU DÉFECTUEUX

Pendant un demi-siècle, le Code Napoléon fut considéré en France, par les juristes et par beaucoup d'historiens, comme une législation « éminemment démocratique, comme la plus belle œuvre de la Révolution ». Nous avons vu, combien, en réalité, le Code civil est, à beaucoup d'égards, en réaction sur les idées des Révolutionnaires.

Déjà, cependant, des écrivains signalent discrètement d'abord, puis avec plus d'énergie et même d'une manière violente, les défauts et les lacunes de notre Code.

Ce mouvement s'accentuera après la guerre de 1870 ; et les propositions de révision devant le Parlement de-

viendront de plus en plus nombreuses. Aucune, d'ailleurs, n'a abouti jusqu'à présent, et de bons esprits pensent qu'une refonte totale du Code civil est loin d'être indispensable, et constituerait une tâche extrêmement difficile, sinon impossible à réaliser. Ils estiment qu'il vaudrait beaucoup mieux améliorer ou supprimer les dispositions qui ne sont plus en harmonie avec les idées actuelles et les besoins modernes (1).

En attendant, les jurisconsultes ont appliqué leur ingéniosité et leurs sens juridique à l'interprétation de notre Code.

Pour ce qui est de la tutelle féminine, ces dispositions sont loin, nous l'avons vu, d'être toujours claires et précises. Prenons quelques exemples : le Code ne dit pas si la mère peut se démettre de la tutelle après l'avoir acceptée. Les auteurs sont divisés et la jurisprudence varie sur ce point.

L'affirmative paraît conforme à l'esprit de la loi, qui permet à la mère de refuser la tutelle dans l'intérêt de l'enfant : ce même intérêt exige, semble-t-il, qu'elle ait la faculté de se démettre de ses fonctions, si elle juge trop lourd pour elle le fardeau qu'elle a témérairement accepté. L'opinion adverse fut cependant soutenue par de nombreux auteurs et par quelques jugements de tribunaux (2).

Ceux-ci prétendent que l'article 394 doit être interprété

(1) *Livre du Centenaire*, t. II.

(2) Jugement trib. de la Seine, 2 novembre 1895. S. 96 2-116.

restrictivement, parce qu'il déroge à la règle générale, qui fait de la tutelle une charge obligatoire. Cette question sera résolue par la loi du 20 mars 1917.

Autre problème : comment la mère mineure pourrait-elle accomplir les actes dépassant la capacité du mineur émancipé ? Il y a là, dans le Code, une lacune grave et difficile à combler. Trois systèmes ont été proposés par les auteurs. Le premier, abandonné, proposait la nomination d'un tuteur « ad hoc » (1). Quelques auteurs voudraient que la mère (ou le père) soit assisté du subrogé-tuteur ; mais cette solution fait jouer au subrogé-tuteur un rôle qui ne lui appartient pas, puisqu'il doit agir à la place du tuteur, quand il y a opposition d'intérêts entre celui-ci et le pupille. Par contre, la plupart des auteurs voudraient voir appeler le curateur. Il est difficile d'admettre que le mineur puisse être traité ici comme un tuteur ordinaire, malgré sa minorité ; cette solution est absolument contraire aux intentions du législateur.

Troisième problème : deux systèmes opposés sont également en présence sur la question de savoir si la décision du conseil de famille, convoqué en cas de convol, est irrévocable ou si une voie de recours est possible quant au fond. Les uns admettent un recours possible devant les tribunaux, qui pourraient réformer la décision du conseil de famille : la tutelle, disent-ils, ne peut être retirée à la mère que pour motifs graves et si l'in-

(1) Blerchel : *Analyse des princip. questions*, par. 2 ; rapporté par Jozon, *Op. cit.*, p. 45.

Intérêt de l'enfant l'exige ; d'autre part, l'article 883 du Code de procédure civile, qui permet de se pourvoir devant le tribunal contre toute délibération du conseil de famille, est conçu en termes généraux qui n'établissent aucune distinction. Malgré ces considérations, une partie de la doctrine et de la jurisprudence affirme que le conseil est ici exclusivement compétent pour statuer et que sa décision doit être irrévocable.

Quatrième question, qui sera résolue par la loi du 2 juillet 1907. Pour les enfants naturels reconnus, le silence volontaire du Code, qui les met hors de la famille et n'assure pas leur protection, provoque les protestations des auteurs qui réclament tous avec la jurisprudence une réglementation de leur tutelle. Il en est résulté un grand nombre de controverses sur les dispositions relatives aux enfants légitimes qui pouvaient ou non être appliquées à ces parias de la loi. On reconnaît, en général, que l'ascendante, étant donné l'esprit du Code qui prive l'enfant naturel de toute famille, ne peut être appelée à cette tutelle, pas plus d'ailleurs que l'ascendant. On n'est pas d'accord sur la question de savoir si la tutelle maternelle sera légale, comme pour les enfants légitimes, ou seulement dative. Nous verrons plus loin combien cette question de la tutelle des enfants naturels a préoccupé les esprits et comment on a fini par aboutir à la loi du 2 juillet 1907.

On trouve le Code injuste pour les Femmes

Le Code civil était conçu dans un esprit anti-féministe. On peut dire que le féminisme a été momentanément effacé par l'Empire.

Sous la Restauration, l'idée féministe reparait dans les écrits des penseurs, surtout de Saint-Simon et de Fourier, qui comprennent très bien que la réforme de la société ne peut aller sans l'affranchissement complet de la femme. Autour d'eux, se groupe un certain nombre de femmes. Mais leurs excentricités, leurs violences, leur manque de méthode et d'esprit de suite empêchent leurs revendications d'être prises au sérieux, malgré la grande valeur personnelle de plusieurs d'entre elles (1).

La littérature française, surtout depuis 1871, se fait l'auxiliaire des démocrates et des socialistes pour réclamer l'égalité civile, sinon politique, de l'homme et de la femme. Le théâtre et le roman surtout exaltent les droits des femmes (G. Sand, V. Hugo (2), A. Dumas fils, P. Hervieu, P. et V. Margueritte, J. Bois, etc.). Le Collège de France ne craint pas de laisser faire des cours publics à tendances féministes. Les plus célèbres sont ceux d'Ernest Legouvé sur la Condition morale de la

(1) Voir pour les détails le livre de M^{me} Avril de Sainte-Croix ; *Le Féminisme*.

(2) C'est V. Hugo, qui prophétisait, en se trompant d'ailleurs d'un siècle : « Le XVIII^e siècle a été le siècle des droits de l'homme ; le XIX^e sera celui des droits de la femme. »

Femme, où il réclame en particulier l'accession des femmes à la tutelle, avec des arguments pleins de bon sens et de sentiments ; celui de J. Flach (1897-8) sur la condition sociale et politique de la femme en France. — Enfin, les journaux consacrent de plus en plus souvent des articles aux droits de la femme. Tout ce mouvement est loin d'avoir abouti à des résultats importants.

Au point de vue civil, les revendications très légitimes des féministes n'ont guère été écoutées. Néanmoins, depuis une quarantaines d'années, quelques lois isolées sont venues améliorer le Code et faire aux femmes une condition meilleure. Des lois de 1880, 1886, 1898 suppriment l'autorisation maritale pour faire des versements aux Caisses d'épargne, aux Caisses de retraites pour la vieillesse, pour devenir membre d'une Société de secours mutuels. Une loi de 1893 donne à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile. La loi de 1897 permet à la femme d'être témoin. Les femmes commerçantes sont successivement admises, en 1898 et en 1901, à concourir aux élections des tribunaux de commerce et aux élections des conseils de prud'hommes. La loi du 13 juillet 1907, enfin, donne à la femme mariée la libre disposition de son salaire.

A côté de ces améliorations de détail, heureuses sans doute, mais si insuffisantes, on voit plusieurs pays étrangers donner satisfaction dans une large mesure déjà aux idées et aux aspirations modernes. On voit notamment l'Amérique, l'Allemagne, la Belgique, la Suisse, tenir de plus en plus compte dans leur vie sociale, et même

dans leur législation, du mouvement féministe, qui d'ailleurs a pris chez ces peuples une ampleur inconnue chez nous.

Sans l'influence de certaines législations étrangères, la France aurait sans doute encore tardé longtemps à faire disparaître une des inégalités les plus choquantes établies par le Code, entre la femme et l'homme, à la fois injuste pour les femmes et contraire aux intérêts des mineurs ; elle n'aurait pas fini par accorder aux femmes la tutelle des enfants naturels d'abord (loi du 2 juillet 1907), puis des enfants légitimes (loi du 20 mars 1917).

CHAPITRE SIXIÈME

LOI DU 2 JUILLET 1907

Nous avons vu que depuis longtemps, en France, de bons esprits avaient signalé et vivement critiqué le silence volontaire du Code civil sur la tutelle des enfants naturels. D'autre part, plusieurs législations étrangères avaient, vers la fin du XIX^e siècle, réparé cette grave lacune, tout en imitant par ailleurs notre Code. Le Code allemand, en particulier, apportait à cet égard une manifestation importante de l'esprit moderne, en donnant aux femmes le droit d'être tutrices de n'importe quel enfant.

La France, qui se devrait à elle-même de rester dans la voie de progrès qu'elle a tracée aux nations, a attendu plus d'un siècle pour remédier à une imperfection aussi grave de sa législation civile.

PARAGRAPHE PREMIER

Origine et préparation de la loi

La loi votée le 2 juillet 1907, sur la protection et la tutelle des enfants naturels, avait été préparée par les études des auteurs et par les décisions de la jurisprudence. D'autre part, elle nous apparaît comme l'aboutissement d'un certain nombre de projets antérieurs.

Doctrines et Jurisprudence. — Depuis longtemps, on blâmait la lacune du Code. Les enfants naturels ont, disait-on, encore plus besoin de protection que les autres, et la loi est vraiment trop injuste en se désintéressant d'eux (1).

On s'efforce alors de remédier à un silence aussi fâcheux. Les juristes discutent longuement pour savoir quels articles du Code peuvent ou non être appliqués aux enfants naturels : des ouvrages spéciaux sont consacrés à cette question (2). Sur ces divers points, se

(1) Loiseau : *Traité des enfants naturels*, p. 537.

Magnin : *Traité des minorités*, t. 1, p. 382.

(2) Ch. Bonnet : *De la puissance paternelle et de la tutelle des enfants naturels*. Thèse, Paris, 1904. — Boyreau : *De la tutelle des enfants naturels*. Th. Toulouse, 1900. — P. Salats : *De l'exercice de la puissance paternelle et de la tutelle des enfants naturels*. Thèse, Paris, 1901. — G. Malot : *De la protection et de la tut. des enf. nat.* Paris, 1903. — A. Simon : *De la tut. des enf. nat.* Thèse, Paris, 1905.

forme une jurisprudence qui, d'ailleurs, est loin d'être uniforme.

1° On se demande quand a lieu **l'ouverture de la tutelle des enfants naturels**. La majorité admet que la tutelle s'ouvre dès la naissance de l'enfant, les parents naturels ne devant pas avoir l'administration légale des biens de leurs enfants. Quelques auteurs, cependant, veulent étendre les règles relatives aux enfants légitimes. La jurisprudence suit la majorité des auteurs et, de plus, ne semble vouloir organiser la tutelle que si l'enfant a des biens personnels (1).

2° Y aura-t-il une tutelle légale des parents naturels ? La doctrine est en désaccord complet. Certains veulent à cet égard l'assimilation totale entre les parents naturels et les parents légitimes. En général, on n'admet pas ici la tutelle légale. On admet seulement la tutelle dative, déférée par le conseil de famille, contrairement à l'article 405, qui décide que l'enfant doit rester sans père, ni mère, pour qu'elle ait lieu, ou par le tribunal de première instance.

Quant à la jurisprudence, elle se décide, en général, pour la négative (2). Cependant, et malgré l'autorité de la Cour de cassation, on trouve plus d'un arrêt en faveur de la tutelle légale (3).

(1) Voir la discussion, dans Jozon, p. 172 et suiv.

(2) Cassation 16 novembre 1898 D. 92, 1. 218. Nancy, 25 novembre 1905. *Recueil des Sommaires*, mars 1906, p. 421.

(3) Trib. de Clermont, 23 février 1883. *Gazette Palais* 83 .2. 157., quatrième partie. Paris, 9 novembre 1893. D. 95, 2. 498. Alger, 11 janvier 1900, D. 02, 2. 476.

3° Peut-il y avoir une tutelle testamentaire du dernier mourant ? Les partisans de la tutelle dative prétendent qu'il ne saurait nommer un tuteur testamentaire à l'enfant, ce droit étant considéré comme une faveur exceptionnelle accordée aux seuls parents légitimes. Par contre, les partisans de la tutelle légale admettent l'affirmative.

4° Doit-on appliquer à la mère naturelle l'article 391, sur le conseil de tutelle ? Non, disent les auteurs partisans de la tutelle dative. Les partisans de la tutelle légale sont divisés sur ce point : les uns, ayant surtout en vue l'intérêt de l'enfant, admettent l'application de l'article 391 ; les autres la rejettent, considérant que ce texte exceptionnel doit être interprété restrictivement.

5° La mère naturelle peut-elle refuser la tutelle ? Etant donné le motif de la disposition qui le permet à la mère légitime, son extension à la mère naturelle est admise par presque tout le monde.

6° Doit-on appliquer les articles 395 et 396 à la mère qui se marie avec un autre que le père ? La grande majorité des auteurs et la jurisprudence se prononcent pour l'affirmative.

7° Peut-il y avoir tutelle légale des ascendants et tutelle dative des ascendantes ? On s'accorde à dire qu'il n'y a pas lieu à cette tutelle, l'enfant naturel n'ayant légalement pas de famille en dehors de ses père et mère.

8° Comment sera composé le conseil de famille ? Les enfants naturels n'ayant pas de famille, ce conseil ne saurait comprendre leurs parents en dehors du père et

de la mère. On admet que ce seront des amis, des personnes choisies par le juge de paix comme portant intérêt à l'enfant.

9° Les femmes seront-elles exclues de la tutelle et du conseil de famille ? Le texte de l'article 442—3° étant conçu en termes absolus doit être étendu à la tutelle des enfants naturels (1).

On voit ainsi que l'activité de nos jurisconsultes et de nos hommes de loi s'était remarquablement appliquée à cette importante question. Elle a contribué dans une très large mesure à provoquer l'heureuse réforme si tardivement apportée par la loi du 2 juillet 1907, qui d'ailleurs est loin de suivre toujours l'opinion de la majorité.

Elaboration de la loi. — Cette loi a sa première origine dans une proposition de loi déposée par M. Th. Girard et volée après une première délibération par le Sénat, le 26 mars 1901, qui instituait la tutelle légale du père de l'enfant naturel reconnu, et à défaut du père, celle de la mère ; elle étendait aux père et mère les articles 395 et suivants (2).

M. Monis déposa, le 29 novembre, au nom du Gouvernement, un projet beaucoup plus étendu, qui fut renvoyé à la commission. Ce projet, dont l'exposé des motifs est très judicieux, remplaçait, en outre, le conseil de fa-

(1) Jozon op. cit., p. 203.

(2) Doc. parlem. Sénat 1901, annexe numéro 19. Gaston Malot : *De la protection et de la Tutelle des enfants naturels*. Paris 1903, p. 97.

mille par le tribunal de première instance, enlevait à la mère naturelle le droit de refuser la tutelle, et surtout admettait les femmes à la tutelle des enfants naturels (1). Ce projet fut voté le 6 février et le 17 juin 1902, avec des modifications apportées par un contre-projet de M. Legrand. Celui-ci formula contre le projet des critiques très vives, portant surtout sur l'admission des femmes à la tutelle des enfants naturels et aux conséquences possibles de cette innovation (2). Au cours des années 1902 et 1903, la Société d'Etudes législatives discute la question. Il s'y forma deux courants différents, qui aboutirent à deux projets de loi.

Enfin, le 7 décembre 1905, M. Pradet-Balade dépose à la Chambre des députés un rapport au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi adopté par le Sénat. Il conclut à l'adoption de ce projet qui, d'après lui, « s'inspire de motifs pratiques et de raisons humanitaires, et apporte un remède efficace aux lacunes de notre législation ». Il déclare en particulier que la modification de l'article 442—3^e du Code civil ne saurait soulever aucune critique et se justifie facilement par l'intérêt qu'il peut y avoir souvent à confier un enfant naturel aux soins et à la vigilante affection d'une femme (3).

(1) « L'expérience, dit M. Monis, enseigne en effet que, le plus souvent, les enfants naturels sont confiés aux soins d'une femme qui les prend en affection. » V. Doc. parlem. Sénat, année 1901-annexe, n° 429.

(2) *Journal Officiel*, 18 juin 1902.

(3) Doc. parlem. Chambre, 1905, Ann., n° 2717.

Finalement, le projet fut voté, le 2 juillet 1907, par la Chambre des députés, presque sans discussion.

PARAGRAPHE DEUXIEME

Dispositions de la loi

Cette loi s'occupe également de la puissance paternelle. Nous laisserons de côté toute cette partie, pour n'étudier que les dispositions relatives à la tutelle des enfants naturels

Tutelle légale de la mère ou du père

La loi donne la tutelle légale de plein droit à celui des père et mère qui le premier aura reconnu l'enfant et qui exercera sur lui la puissance paternelle. Cette tutelle s'ouvrira dès la reconnaissance de l'enfant, d'après l'opinion de M. Planiol (1). S'il y a reconnaissance simultanée des père et mère, la tutelle légale appartient au père et, à son décès, passe à la mère. La tutelle exercée par la mère naturelle présente en principe les mêmes particularités que celle de la mère légitime. Cependant la loi apporte une différence essentielle : la mère naturelle est tenue d'accepter la tutelle (article 389 nouveau). Le motif en a été indiqué au cours de l'élaboration de la loi : difficulté pour

(1) Planiol : *Traité élémentaire de Droit civil*, p. 541, n° 1765.

l'enfant naturel de trouver, à défaut de mère, un tuteur offrant des garanties d'affection et de désintéressement (1).

L'enfant naturel peut avoir un tuteur testamentaire (2). C'est là un prolongement de la tutelle légale.

Tutelle dative. — Il ne saurait être question, en cas de décès des deux parents, d'une tutelle légale des ascendants ; nous en avons déjà vu plusieurs fois les motifs. Il y a lieu alors à la nomination d'un tuteur datif par le Tribunal de première instance. En effet, la loi supprime le conseil de famille, trop difficile à constituer et risquant d'être composé d'indifférents.

Le Tribunal pourra nommer une femme tutrice ou subrogée-tutrice. L'article 4, en effet, est ainsi conçu : « Le paragraphe 3 de l'article 442 C.c. est complété ainsi qu'il suit : sauf en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels. »

Malgré les motifs excellents donnés par MM. Monis et Pradet-Balade, le sénateur Legrand avait cherché à faire disparaître cette disposition. Ce n'est pas parce qu'elle donnait aux femmes « des pouvoirs plus considérables et spécialement l'aptitude à gérer la tutelle », mais parcequ'elle introduisait « de biais une grave innovation ». Je ne vois pas, disait-il, pourquoi l'on admet, en ce qui concerne les enfants légitimes, une règle excluant les femmes de la tutelle, alors qu'on la modifie en ce qui concerne les enfants naturels. Il avait absolument raison et la logique eut

(1) Rapport de M. Pradet-Balade.

(2) Planiol : op. cit., p. 554, n° 1817.

demandé qu'au préalable les femmes fussent admises à la tutelle des enfants légitimes. Cette incohérence choquante n'a disparu que dix ans plus tard, en 1917.

PARAGRAPHE TROISIÈME

Questions soulevées par la loi ⁽¹⁾

Nos législateurs n'avaient pas apporté dans la loi assez de précision pour la tutelle féminine. Ils n'avaient pas prévu les divers cas qui pourraient se présenter et les difficultés qui pourraient surgir. Au cours de la discussion, M. Legrand en signala la plupart, mais la loi fut votée sans qu'on tint compte de ses observations.

A Tutelle de la mère. — Que décider désormais, si elle se marie ? Les articles 395 et 396 du C. c. réglant la situation de la mère tutrice qui se remarie, lui sont-ils applicables ? Oui, puisque la nouvelle loi déclare, dans l'article 3, toutes les dispositions du titre de la Tutelle applicables aux enfants naturels, à l'exception de l'article 394 et des articles 405 à 416 ⁽²⁾.

Si la mère naturelle voulait, lors de son mariage, se voir décharger de la tutelle de son enfant, elle n'aurait qu'à omettre de demander son maintien dans ses fonctions de

(1) *Bulletin de la société d'études législatives*, t. II, année 1903.

(2) René Pioche : *De la Tutelle et de la Protection des enfants naturels*, 1910, p. 99.

tutrice et perdrait la tutelle de plein droit (article 395). Il appartiendrait alors au tribunal de désigner un tuteur datif à l'enfant (1).

B. Tutelle d'une autre femme. — La loi, en introduisant cette innovation considérable, néglige les difficultés qu'elle peut entraîner, bien qu'elles aient été nettement signalées par M. Legrand à la Société de Législation et devant le Sénat.

1° L'acceptation de la tutelle sera-t-elle obligatoire ? Les deux projets de la Société des Etudes législatives reconnaissent aux femmes le droit de refuser la tutelle. Faudra-t-il leur accorder le droit de l'article 394 ou bien le leur refuser, comme on fait pour la mère naturelle ?

L'article 389 nouveau semble formel : toutes les dispositions relatives à la tutelle des enfants légitimes sont applicables à l'exception des articles : 394 et 402 à 416. L'acceptation de la tutelle d'un enfant naturel serait donc obligatoire.

2° L'hypothèque légale des mineurs frappera-t-elle les biens de la tutrice ? Oui, répond le rapporteur, d'ailleurs où serait le danger ? Conséquence très logique, l'hypothèque légale étant un principe essentiel dans toute tutelle (2).

3° Si la tutrice est célibataire, veuve ou divorcée, aucune autre difficulté ne se présente. Mais si elle se marie, per-

(1) René Pioche : op. cit., p. 101

(2) Pioche : op. cit., p. 106

dra-t-elle la tutelle de plein droit ou ses pouvoirs devront-ils être confirmés par décision spéciale du Tribunal ? Le mari sera-t-il cotuteur ?

Les articles 395 et 396 Code civil, qui résolvent la question pour la mère légitime tutrice légale, sont, d'après la nouvelle loi, applicables en matière d'enfants naturels. Nous croyons par conséquent que la femme tutrice d'un enfant naturel qui se marie ou se remarie devra faire confirmer ses pouvoirs par le Tribunal. Celui-ci lui donnera, nécessairement, pour cotuteur, son mari, qui deviendra solidairement responsable avec elle de la gestion postérieure au mariage (1).

4° Si la tutrice est mariée, aura-t-elle besoin de l'autorisation maritale pour accepter la tutelle et ses conséquences légales et, une fois cette tutelle acceptée, pour administrer la fortune de son pupille, dans tous les actes de l'administration tutélaire ? C'est là une très grave question, étant donné l'esprit général de notre législation du mariage.

Si l'on conclut que la charge de la tutelle peut être imposée à la femme par le juge, il doit en résulter qu'elle n'a pas besoin, pour l'accepter, de l'autorisation maritale. Mais alors le mari ne saurait être responsable des actes faits pour une tutelle dont il n'a pas pu prévoir les conséquences. Ce résultat serait inadmissible, aussi doit-on décider que l'autorisation maritale est nécessaire, de façon à ne pas mettre les conséquences d'une loi en contradiction

(1) Pioche : *op. cit.*, p. 99.

flagrante avec les idées du Code civil sur la situation de la femme dans le mariage (1).

Telles sont les principales difficultés que fait surgir la loi de 1907 pour la tutelle féminine. La jurisprudence et la doctrine n'avaient pas eu le temps de se former sur ces divers points obscurs, quand la loi du 20 mars 1917 est venue les élucider, tout en introduisant une réforme capitale dans la matière de la tutelle.

(1) Ploche : op. cit., p. 98-99.

CHAPITRE SEPTIÈME

ORIGINE et PRÉPARATION DE LA LOI DE 1917

La loi du 20 mars 1917 a trouvé son origine, assez lointaine, dans plusieurs projets de loi proposés soit à la Chambre, soit au Sénat, et abandonnés sans discussion. C'est l'influence du féminisme grandissant qui a fait remettre à l'étude la réforme de la tutelle ; c'est plus récemment l'influence des nécessités créées par la guerre, qui l'a fait aboutir.

I. — Origine lointaine de la loi

A. Le premier projet de loi qui ait eu pour objet d'étendre les droits civils des femmes fut présenté à la Chambre

des Députés par M. Ernest Lefèvre, le 17 février 1887. Il fut pris en considération et fit l'objet d'un rapport favorable d'une commission spéciale ; mais aucun vote sur le fond ne put intervenir avant l'expiration des pouvoirs de la Chambre (1).

B. — En 1890, le sénateur Georges Martin et plusieurs de ses collègues reprirent cette proposition de loi pour la soumettre au Sénat le 6 février 1890. Elle fit l'objet d'un rapport sommaire par M. Cordelet, dans la séance du 28 mars (2). Elle avait un double objet : 1° permettre aux femmes d'être témoins dans les actes de l'état civil et en général dans les actes publics et authentiques ; 2° Leur permettre également d'être tutrices ou membres des conseils de famille, en dehors des cas prévus par la loi. Le rapporteur se montrait d'ailleurs assez timide à cet égard et estimait que la loi pourrait n'accorder la tutelle qu'aux femmes célibataires ou veuves, et exclure les femmes mariées, à cause des difficultés d'application.

Cette proposition tomba dans l'oubli. Seule la première partie en fut détachée par M. A. Lecomte, en 1891, et aboutit finalement à la loi du 7 décembre 1897, qui n'est en somme qu'un retour au décret des 20-25 septembre 1792.

C. — Quinze ans plus tard, le 16 mars 1905, M. Marc Réville présentait à la Chambre une assez longue proposition de loi, ayant pour objet l'abrogation ou la modifica-

(1) Rapport de M. Colfavru, Chambre 1889 Annexe 3515.

(2) Rapport de M. Cordelet, Sénat, 1890, Annexe au procès-verbal de la séance du 28 mars 1890, n° 50.

tion des articles 391, 394, 396, 402, 403, 404, 405, 408, 423, 435, 442, 506 et 513 du Code civil et donnant à la femme l'entrée dans les conseils de famille et le droit de gérer une tutelle.

Dans son très intéressant exposé des motifs, M. Réville disait : « Sans être exposés à être taxés de féministes à outrance, mais en ne nous plaçant qu'au point de vue des droits féminins les plus élémentaires et au point de vue des intérêts du mineur, qui sont notre principale préoccupation, nous croyons qu'il faut faire disparaître cet anachronisme de l'art. 442 du Code civil ». Il s'élevait avec force contre la théorie surannée de la tutelle *munus publicum* et contre la théorie injuste et inféconde de la *fragilitas sexus*. Il prévoyait et cherchait à résoudre pour le mieux les difficultés résultant de la réforme pour la femme mariée. Il demandait pour les ascendantes la tutelle légale, comme pour les ascendants, et sans distinction de ligne. Il demandait la tutelle obligatoire pour la mère comme pour le père. Enfin, il proposait que le mari pût seulement être nommé tuteur de sa femme interdite, au lieu de l'être de droit.

En somme, il assimilait entièrement la femme à l'homme pour l'exercice de la tutelle. Cette excellente proposition fut renvoyée à la commission de réforme judiciaire et de législation civile et criminelle et ne fut l'objet d'aucun vote.

D. — Puis vint la loi du 2 juillet 1907, qui consacrait, pour les enfants naturels, le principe formulé par les divers projets et non encore définitivement voté par nos

législateurs. Il est bien évident qu'on a suivi en cette matière l'ordre inverse de celui qu'on attendrait. Les critiques de Legrand se trouvaient absolument justifiées et on ne peut s'étonner qu'elles n'aient pas été prises en considération. M. Girard répondit : « Dans ce moment, nous délibérons sur la tutelle des enfants naturels et c'est elle seule qui doit nous préoccuper. Il est permis de voir là une grave faute de logique. Néanmoins, c'était un premier pas vers la grande réforme de 1917.

II. — Préparation de la loi

Proposition de Castelnau. — Un an après, le 25 juin 1908, M. de Castelnau et trois autres députés portèrent devant la Chambre une proposition de loi analogue à celle de M. Réville, mais moins développée et précédée d'un exposé des motifs très court (1). Renvoyée à la commission, elle fut l'objet d'un rapport de M. Violette, le 16 février 1910 (2). Dans ce rapport, M. Violette proposait une modification au nouvel art. 442-2^e C. c. du projet ; il demandait que le mari de la tutrice fut déclaré responsable des suites de la tutelle ou de la curatelle quand il avait autorisé sa femme à l'accepter.

Le projet ainsi modifié fut adopté sans discussion, le 28 février, et transmis au Sénat (3).

(1) *Journal Officiel*, 24 juillet 1908, doc. parlam., p. 539.

(2) *Journal Officiel*, 25 mai 1910, doc. parlam., p. 117 et 118.

(3) Chambre, séance du 28 février 1910. *Journal Officiel* du 1^{er} mars 1910, p. 1231.

Influence du mouvement féministe et de la guerre actuelle

C'est autant dans l'intérêt de l'enfant que pour accroître les droits des femmes que ces divers projets avaient été proposés aux Chambres. Mais depuis quelques années, le mouvement féministe, très fort à l'étranger, s'accroît de plus en plus en France, les groupements féministes réclament avec énergie l'amélioration du sort de la femme et la disparition des inégalités diverses établies par nos lois entre elle et l'homme. Ils cherchent à faire pression sur le Parlement comme sur l'opinion, soit par des conférences, soit par des articles de revues ou de journaux. L'idée de l'extension des droits civils féminins s'impose de plus en plus, et tel sera le motif nettement invoqué par les auteurs des derniers projets et rapports qui ont précédé la loi de 1917.

La guerre de 1914 a précipité le mouvement féministe et hâté une réforme, dont la réalisation eût peut-être encore tardé quelque temps. Elle a été l'occasion, pour les femmes françaises, de mettre en relief leurs qualités d'énergie, d'intelligence pratique, de dévouement et de sacrifice. Après le brusque départ pour l'armée de leurs maris ou de leurs pères, elles ont pris, d'une main ferme, la direction des affaires que le chef de famille avait dû abandonner. Grâce à un labeur opiniâtre et à une énergie parfois surhumaine, elles ont, sans négliger les soins de la famille, assuré la marche de la maison de commerce, de

l'établissement industriel ou de la propriété que le mobilisé dirigeait jusqu'alors... Les femmes françaises ont fait leurs preuves. Il n'est donc que juste de les placer sur le même rang que les hommes au point de vue de la tutelle et des conseils de famille (1).

Ajoutons que le nombre, hélas ! toujours croissant des orphelins, et la diminution considérable des hommes après la guerre, sont encore des raisons de donner à des femmes ce rôle de protection et d'administration.

A cet égard, notre loi fait partie d'une série de dispositions soit déjà votées, soit seulement proposées aux Chambres, qui toutes accordent aux femmes de nouveaux droits civils, en raison surtout des nécessités amenées par une guerre aussi meurtrière et aussi prolongée.

Citons, par exemple :

Le projet de loi voté par le Sénat le 23 juin 1916 sur les pupilles de la nation. Il décide que des femmes siègeront dans l'office national de ces pupilles, à concurrence du quart de ses membres. Il permet au dernier mourant des père et mère des pupilles de la nation de nommer dans les formes de l'article 392, comme tutrice à son ou ses enfants mineurs, une sœur, une tante ou grand'tante de ceux-ci, à condition qu'elle soit veuve ou célibataire.

Les projets de loi proposés ou votés au début de 1915, modifiant pendant la durée de la guerre les dispositions légales relatives à l'autorisation des femmes mariées en justice et à l'exercice de la puissance paternelle.

(1) Rapport du sénateur Guillier : *Journal Officiel* du 16 décembre 1916, doc. parlem., p. 586-7.

La loi du 19 mars 1917 relative à la liquidation des successions ouvertes pendant la guerre, admettant les femmes dans la composition des conseils de famille des mineurs et des incapables, sans d'ailleurs que le mari et la femme puissent faire partie du même conseil de famille (art. 8).

De la Proposition Paul Meunier

à la Loi du 20 Mars 1917

Le 19 mars 1915, la chambre des députés avait été saisie d'une proposition de M. Paul Meunier, dont nous avons parlé précédemment et qui fut renvoyée à la commission (1) ; le 2 avril, elle était saisie d'un projet de loi analogue déjà voté par le Sénat

M. Paul Meunier fit, le 18 mai, un rapport tendant à adopter les trois articles du projet du Sénat (2) ; puis le 15 juin, au nom de la commission, un rapport supplémentaire proposant de modifier les art. 407, 408, 442 du Code civil, conformément à un amendement de M. Violette, et l'article 412 (3). — La Chambre adopta les 3 articles ; mais décida que les derniers articles du projet de loi présenté par la commission constitueraient un texte distinct, qui serait voté séparément. Le 1^{er} juillet, eut

(1) Documents parlem. Chambre, 1915, annexe n° 767.

(2) Doc. parlem. Chambre, 1915, annexe n° 926

(3) Il s'agit de supprimer pour les membres du conseil de famille le droit de se faire représenter par un mandataire.

lieu la discussion : les art. 1, 2, 3, 5 furent adoptés sans opposition, mais l'art. tendant à modifier l'article 412 fut supprimé, conformément à un amendement de M. Lugol (1).

M. Violette, en proposant son amendement, avait dit : « Il paraît impossible de ne pas considérer que la guerre, qui va ouvrir tant de tutelles, impose un remaniement des articles du Code y relatifs... Va-t-on se décider à admettre les femmes et, d'une façon spéciale, les sœurs et les tantes, qui sont à l'heure actuelle exclues ? » La Commission avait été unanime pour adopter les nouvelles dispositions proposées par M. Violette, et pour leur donner un caractère permanent, et non plus transitoire comme le reste du projet (2).

Le projet fut transmis au Sénat. La Commission du Sénat présenta un texte notablement différent de celui de la Chambre, accompagné d'un rapport remarquable de M. Guillier (3), le 23 novembre 1916. Ce nouveau texte, constituant un article unique, modifiait un certain nombre d'articles du Code non visés par la Chambre.

Il fut voté le 22 février 1917 par le Sénat, après suppression de la modification de l'art. 815 C. c. Il fit retour à la Chambre, où il fut l'objet d'un rapport de M. Violette, le 1^{er} mars (4). Il fut enfin voté sans discussion et sans modification dans la séance du 14 mars 1917. La loi fut promulguée au « Journal Officiel » le 20 mars.

(1) Chambre, séance du 1^{er} juillet 1915, *Journal Officiel* du 2, p. 1634-5.

(2) Doc. parlem. Chambre, 1915, annexe n° 1096.

(3) Doc. parlem. Sénat, 1916, annexe n° 432.

(4) Doc. parlem. Chambre, 1917, annexe n° 2074.

CHAPITRE HUITIÈME

ÉTUDE CRITIQUE de la LOI DU 20 MARS 1917

La nouvelle loi du 20 mars 1917 s'annonce d'une façon défectueuse, par un titre assez mal rédigé : « Loi ayant pour objet de modifier certains articles du Code civil relatifs à la tutelle des femmes et à leur admission dans les conseils de famille. » Le législateur ne parle-t-il pas de la tutelle des femmes ? Eh quoi ? serions-nous encore, ainsi que les Romaines et les Germaines d'autrefois, placées en tutelle, sous un mundium, dont nos législateurs viendraient nous délivrer le 20 mars de l'an 1917 ? Impropiété de termes fort regrettable ! — Et même plusieurs des articles du Code maintenant modifiés sont loin d'être relatifs à la tutelle féminine, puisqu'elle ne s'y trouve

pas prévue — et encore moins à leur admission dans les conseils de famille, puisque le Code les en exclut. De telles négligences trahissent un manque de soin dans la rédaction, sans doute trop hâtive, de la nouvelle loi (1).

Malgré ces imperfections dans la forme et aussi dans le fond, elle mérite cependant d'être accueillie avec enthousiasme, car elle réalise un très grand progrès. Elle met enfin la femme sur le même pied que l'homme au point de vue de la tutelle (2) ; elle prévoit et résout quelques-unes des difficultés qui peuvent résulter de cette assimilation. Elle règle également d'une manière plus précise et plus juste la composition et le fonctionnement des conseils de famille.

Le caractère féministe de cette loi a été expressément reconnu par les rapporteurs, notamment par M. Guillier. Elle a plutôt pour but d'accroître la capacité civile des femmes, que d'améliorer la législation tutélaire en vue des mineurs eux-mêmes. Mais alors la loi nouvelle est incomplète, elle ne va pas jusqu'au bout dans l'application d'un principe excellent. Il semble que le législateur n'ait pas voulu ou pas osé établir l'égalité complète de l'homme et de la femme, bien qu'elle ne puisse présenter, ici du moins, aucun inconvénient.

(1) Capitant : *Comment on fait les lois aujourd'hui* (Rev. pol. et parl., 10 juin 1917).

(2) Pas absolument, nous le verrons en étudiant la loi.

PARAGRAPHE PREMIER

Tutelle, curatelle... des mineurs

La loi supprime l'article 442—3°, qu'avait modifié la loi du 2 juillet 1907, seulement pour les enfants naturels. Par conséquent, les femmes ne figurent plus parmi les incapables : elles sont donc en principe admises à la tutelle.

La suppression de cet alinéa posant le principe de l'admission des femmes aux fonctions de tutelle, on aurait pu se dispenser de plus amples développements ou de précisions pour chaque cas. — D'ailleurs, c'est ainsi que fut conçu le premier texte de la loi adopté en 1910 par la Chambre des députés, sur la proposition de M. de Castelnau, en date du 25 juin 1908. De la même manière était rédigée la proposition de loi de M. Violette, votée par la Chambre, le 1^{er} juillet 1915.

Mais le législateur crut utile de modifier ou plutôt de compléter la plupart des articles traitant de la tutelle en ajoutant auprès des termes masculins les termes féminins correspondants. Malheureusement, à côté de ces précisions qui n'étaient peut-être pas indispensables, il a laissé subsister des lacunes assez nombreuses.

A) Fonctions de tutelle auxquelles les femmes sont admises. — Le Code civil n'admettait que la mère tutrice légale, et l'ascendante tutrice dative seulement, à côté de l'ascendant tuteur légal.

1° Tutelle légitime des ascendantes. — La première extension est celle qui s'imposait de la tutelle légitime des ascendantes. Elle est établie par les nouveaux articles 402 et 403. Quand il n'y a pas de tuteur testamentaire, « la tutelle appartient à celui des aïeux ou à celle des aïeules qui sont au degré le plus rapproché. » (Nouv. art. 402).

On a supprimé avec raison, en cas de concurrence, la distinction entre la branche paternelle et la branche maternelle, et la prééminence donnée à la première (nouv. art. 403). Cette règle, en effet, « ne peut se concevoir que si l'on admet, pour tous les cas, la supériorité de l'homme sur la femme, ce qui est contraire à l'esprit de la nouvelle loi. » D'ailleurs, en pratique, cette préférence risque d'être préjudiciable aux intérêts du mineur. Il convient donc que le conseil de famille puisse désigner, à degré de parenté égal, celui ou celle des ascendants qui présente le plus de garanties pour la bonne gestion de la tutelle, sans aucune distinction de branche. C'est ce que décide le nouvel article 403.

On devrait, en conséquence, supprimer l'art. 404, qui n'a plus de raison d'être : « Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra désormais que choisir l'un de ces deux ascendants. »

Remarquons en passant que la rédaction des nouveaux articles 402 et 403 est un peu défectueuse. Le terme « aïeuls », le seul employé précédemment, se trouve maintenant remplacé par le mot « aïeux », auquel « aïeules » correspond mal : « aïeux » n'a pas, en effet, la même si-

gnification qu'« aïeuls », terme réservé aux grands-parents. On voit aussi le mot « branche » remplacer improprement le mot « ligne », seul employé dans le Code.

2° Tutelle testamentaire. — « Le droit individuel de choisir un tuteur ou une tutrice, parent ou parente, étranger ou étrangère, n'appartient qu'au survivant des père et mère. » Tel est le nouvel article 397. On voit qu'ici la rédaction a été très précise, disons même minutieuse. Ne nous en plaignons pas : la clarté n'est-elle pas une des qualités essentielles de toute œuvre législative ?

Donc, toute femme, qu'elle soit parente ou non du mineur, pourra être nommée tutrice testamentaire par le survivant des père et mère. Le nouvel article 402 le répète explicitement : « Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur de tuteur ou de tutrice par le dernier mourant des père et mère... »

3° Tutelle dative. — Les femmes peuvent enfin être nommées tutrices par le conseil de famille, au cas où il n'y aurait ni tuteur légitime, ni tuteur testamentaire, ou quand le tuteur se trouverait dans un cas d'exclusion. Cela résulte nettement du nouvel article 405, par l'addition des mots « ou d'une tutrice » au texte primitif. C'est une nouvelle conséquence logique de l'aptitude des femmes à être tutrices en général. — Signalons en passant l'omission inexplicable, dans le nouvel article 405 : celle des mots « ou valablement excusé ».

4° Subrogée-tutelle. — Cette fonction étant moins importante que la tutelle a fortiori, les femmes devaient y

être admises, c'est ce que fait le nouvel article 420. Pour la subrogée-tutelle, la rédaction de notre loi semble avoir été trop hâtive. Par suite, le nouvel article 420 présente des omissions assez graves.

Le paragraphe premier ne précise plus, comme le texte primitif, que le subrogé-tuteur (ou la subrogée-tutrice) sera nommé par le conseil de famille. Heureusement, comme la loi ne prévoit aucun autre mode de nomination, cet oubli ne saurait faire obstacle à l'application de la règle antérieure.

Le nouveau texte ne fait plus mention des fonctions de subrogé-tuteur, telles que le Code les définissait. Mais il est évident que cette lacune, si importante soit-elle, ne saurait apporter aucun changement en cette matière. D'ailleurs, le maintien du paragraphe II de l'ancien article 420 paraissait bien prévu dans le rapport de M. Guillier, puisqu'il visait les actes de gestion du subrogé-tuteur. Cette mystérieuse disparition n'est sans doute que l'effet de la négligence.

Enfin, il eût beaucoup mieux valu préciser dans la loi elle-même que les articles 421 à 426 s'appliqueraient intégralement et exactement à la femme subrogée-tutrice, comme le déclarait M. Guillier dans son rapport. On dirait que cette loi a été rédigée à plusieurs reprises, et même dans un esprit différent : la minutie y voisine si étrangement avec l'imprécision !

5° **Curatelle.** — Le nouvel article 480 permet au conseil de famille de nommer un curateur de « l'un ou de l'autre

sexe ». M. Guillier (1) en explique très justement la raison : « Le droit d'être tutrice ou subrogée-tutrice implique pour la femme le droit d'être curatrice. Cette fonction est, en effet, moins importante et moins délicate que les deux autres... » Elle sera généralement remplie, d'ailleurs, par l'ancienne tutrice, qui continuera ainsi à exercer sur son pupille émancipé, une surveillance attentive et dévouée.

6° Conseils de famille. — La nouvelle loi, en supprimant le 3^e paragraphe de l'article 442, admet les femmes à faire partie des conseils de famille. L'article 407—1^{er} modifié le déclare expressément par la formule « six parents ou alliés de l'un ou de l'autre sexe ».

N'était-il pas en effet plus rationnel d'admettre dans les conseils de famille des femmes, que les liens du sang rattachent à l'enfant ou à l'incapable, plutôt que des parents éloignés ou des étrangers qui trop souvent se déchargent sur des mandataires incapables ou insouciantes de ce qu'ils considèrent comme une simple formalité ou même comme une corvée ? De plus, les conseils de famille seraient pendant longtemps très difficiles à constituer, par suite de la guerre, si les femmes n'y étaient admises. Cette considération n'a sans doute pas été étrangère au changement apporté dans le Code à cet égard.

La loi, prévoyant le cas de la femme mariée, décide que le mari et la femme ne pourront faire ensemble partie du même conseil de famille. La préférence sera donnée, et c'est logique, à celui des deux dont le degré de parenté

(1) Rapport, p. 588.

est le plus rapproché. A égalité de degré, le plus âgé, c'est-à-dire le plus expérimenté et le plus sérieux, sera préféré (nouv. art. 407, § 2).

Cette règle, proposée par la commission sénatoriale, ne figurait pas dans le projet de la Chambre, où la femme devait être représentée par son mari. « Ce serait en quelque sorte, dit avec raison M. Guillier, retirer à la femme le droit qu'on lui concède. Si on admet qu'elle a sa place marquée dans le conseil de famille, que ses liens de parenté avec le mineur lui donnent droit de formuler son opinion sur toutes les graves questions qui l'intéressent, si on juge que ses avis sont à retenir, il faut lui reconnaître le droit d'agir en personne. Dans le système de la Chambre, le véritable membre de l'assemblée familiale serait toujours le mari, la femme ne siégerait jamais. Autant vaudrait maintenir l'incapacité dont le Code la frappe. »

L'interdiction établie par le § 2 de l'article 407 a été inspirée par le désir d'éviter soit un antagonisme fâcheux entre les deux époux, soit l'abdication de l'un devant l'autre, soit enfin la possibilité d'une entente contraire aux intérêts du mineur.

Cette partie de la loi présente une omission regrettable, probablement involontaire. On a supprimé dans l'article 407 les préférences résultant de la parenté et de l'âge (« le parent sera préféré à l'allié du même degré ; et parmi les parents du même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins »). Ce paragraphe II avait été maintenu dans le texte voté par la Chambre, mais il fut laissé de côté

par la commission sénatoriale, et ne figure pas dans le texte définitif, sans qu'aucune allusion y ait été faite dans les travaux préparatoires. Nous pensons qu'il faut voir là un oubli involontaire du législateur. Mais il est possible de supposer également qu'il a voulu supprimer ainsi une cause de nullité des délibérations du conseil de famille pouvant résulter d'une composition irrégulière (1) — et cela en raison des difficultés créées par les circonstances actuelles.

Les sœurs germaines sont désormais admises sans limitation de nombre, tout comme les frères germains, par le nouvel article 408, § 1^{er}. Cette modification, qui s'imposait, n'a fait l'objet d'aucune explication et fut admise sans discussion.

Dans ce même article, remarquons que la loi substitue avec raison « ascendantes veuves » à « veuves d'ascendants » suivant ainsi l'interprétation unanime de la doctrine. Elle aurait pu ajouter « ascendantes divorcées », car leur situation est la même.

Le nouveau texte de cet article ne mentionne plus les « maris des sœurs germaines ». Il en résulte une conséquence importante. Ils ne peuvent plus faire partie du même conseil de famille que leur femme, en vertu du nouvel article 407 : ils devraient donc être désormais considérés comme toujours exclus de ce conseil, de sorte que des parents éloignés ou des étrangers risqueraient de pren-

(1) *Jurisprudence générale Dalloz* — 4^e cahier 1917 — 4^e partie, p. 125, col. I.

dre la place des beaux-frères du mineur. Il serait très surprenant que le législateur ait voulu un tel résultat, et il est permis de voir ici encore un oubli dû au manque de soin dans la rédaction de la loi.

Dans le projet rectifié par la commission de la Chambre, figurait le nouvel article 412 inscrit sous la forme suivante : « Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués, seront tenus de se rendre en personne ». Il était destiné à mettre fin aux abus choquants des procurations. La Chambre le supprima cependant sur un amendement de M. Lugol, qui montra combien les difficultés de constituer le Conseil de famille, déjà assez sensibles en temps normal, se trouvent considérablement accrues par la guerre actuelle. — Elle rétablit donc pour les membres du conseil le droit de se faire représenter par un mandataire spécial. Mais, tirant une nouvelle conséquence de l'admission des femmes, elle ajouta à l'article 412 un paragraphe II, d'après lequel le mari pourra représenter sa femme, et réciproquement.

7° Autres fonctions. — Le législateur de 1917 a négligé de préciser que les femmes pourraient désormais être admises aux fonctions beaucoup moins importantes de conseil de tutelle, de protutrice, de curatrice au ventre. Il a oublié d'ajouter dans les articles 391, 417, 392, comme il l'avait fait ailleurs, les mots féminins à côté des mots masculins. Une femme ne pourrait-elle donc être appelée à ces fonctions ? La question, qui ne devrait pas se poser,

se résout d'elle-même par l'affirmative, puisque la femme peut remplir le rôle beaucoup plus délicat de tutrice (1).

B) Différences subsistant entre l'homme et la femme. —

Malgré tout, nos législateurs n'ont pas établi en cette matière l'assimilation complète de la femme et de l'homme. Il subsiste entre eux certaines différences importantes provenant du sexe.

1° Excuse du sexe. — Si les femmes sont admises à ces diverses fonctions de tutelle, elles ne sont jamais tenues de les accepter.

Cette excuse, proposée par la commission du Sénat, fut votée sans discussion par cette assemblée. « Cette question a été très discutée, écrit M. Guillier dans son rapport. Ceux qui poursuivent l'égalité absolue des deux sexes soutiennent que la tutelle étant une charge que l'homme ne peut décliner, la femme ne peut pas plus que lui s'y dérober : le devoir existe au même degré pour lui et pour elle... »

La plupart des féministes protestent, en effet, avec énergie contre l'excuse du sexe. Mme S. Abbadie d'Arrast dit qu'il ne faut pas « détruire d'une main ce qu'on a fait de l'autre », et qu'il ne faut pas « après avoir proclamé la femme l'égal de l'homme, la replacer au-dessous de lui par de fâcheuses condescendances. La femme qui a les mêmes droits que l'homme, doit avoir les mêmes devoirs. » Écoutons encore Mme O. Defflon déclarer :

(1) Lévy, art. dans la *Seine départementale*, 1^{er} avril 1917. — H. Capitant, art. cité.

« Toute excuse qu'on veut nous octroyer en raison d'une prétendue faiblesse mentale ou physique, se retournera contre nous. Ou nous acceptons tous les devoirs, ou nous resterons dans la condition subordonnée où nous sommes depuis si longtemps. » Enfin, Mme Tissier exprime la même opinion, que Mlle Porez développe longuement dans sa thèse de doctorat en droit (1), ajoutant que l'excuse du sexe « favoriserait l'inertie de la masse et l'égoïsme toujours prêt à se faire jour. »

Malgré ces protestations si vives et en apparence si justes, les Chambres ont admis avec raison l'opinion opposée que M. Guillier formulait ainsi : « C'est dans l'intérêt même de la femme qu'on lui donne la faculté de se faire décharger d'un lourd fardeau. Une femme peut, par suite de son manque de ressources, de son état de santé, de son inexpérience, être incapable d'exercer ces fonctions. Elle a pu trop présumer de ses forces. Elle peut se trouver dans une situation qui ne lui permette plus de continuer son œuvre. Il faut qu'elle puisse se faire excuser ou remplacer par le conseil de famille qui n'aura pas à apprécier les raisons invoquées. »

Peut-être M. Guillier et la loi vont-ils ici trop loin : il nous semble au contraire que le conseil de famille devrait pouvoir examiner et, le cas échéant, repousser le motif d'excuse invoqué par la femme, qui peut être poussée uniquement par l'égoïsme à repousser la tutelle.

(1) Mlle Porez : *De l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle*, p. 66 et suiv.

Nous admettons que la femme peut non seulement refuser la tutelle, mais encore s'en décharger après l'avoir acceptée. Il peut y aller de l'intérêt du mineur, tout autant que de l'intérêt de la tutrice elle-même. Cette question avait été longuement débattue à propos de la mère tutrice. L'opinion admise aujourd'hui était celle de la majorité des auteurs. Les adversaires invoquaient l'article 394 et prétendaient que cet article était une dérogation à la règle générale qui fait de la tutelle une charge obligatoire, donc devait être interprété restrictivement. Cette objection tombe avec la loi du 20 mars 1917, qui fait de l'excuse du sexe une règle générale.

En admettant l'excuse du sexe, la loi ne fait qu'appliquer aux tutelles datives la règle établie par l'article 394 en faveur de la mère tutrice. Pourrait-on, en effet, imposer à une parente plus ou moins éloignée, ou même à une étrangère, une obligation qu'on n'impose pas à la mère du mineur ? N'y aurait-il pas d'ailleurs une sorte de contradiction à lui refuser le droit de faire valoir des excuses, tout en exigeant, s'il y a lieu, l'autorisation maritale, comme nous le verrons plus loin ? M. Guillier ajoute avec raison que cette controverse est plus théorique que pratique : « Les conseils de famille, en fait, songeront rarement à désigner une tutrice contre son gré. »

L'excuse du sexe se trouve admise par le nouvel article 428 : « Sont également dispensés de la tutelle... 2° Les femmes qui ne veulent pas l'accepter ». M. Capitant fait justement remarquer à ce propos que le sexe n'est pas une cause de dispense, mais donne seulement le droit de refu-

ser la tutelle. Le paragraphe semble donc mal placé ici : il se comprendrait mieux dans l'art. 433, qui accorde la même faveur aux individus âgés de 65 ans accomplis (1).

2° Nécessité de l'autorisation maritale. — Si la tutrice, ou subrogée-tutrice, ou curatrice, est célibataire, ou bien veuve ou divorcée, il n'y a pas d'autre difficulté : la femme est tout à fait assimilée désormais à l'homme. Mais il n'en est plus de même, si elle se trouve mariée au moment où s'ouvre la tutelle.

La nouvelle loi décide que, dans ce cas, **elle ne peut accepter la tutelle** qui lui serait déférée par le conseil de famille **sans l'autorisation de son mari** (nouv. art. 405-2°).

Le principe de l'autorisation maritale n'a pas rencontré d'adversaires sérieux au Parlement, bien qu'il fût très vivement critiqué devant l'opinion par certains féministes partisans de la liberté absolue de la femme. Il avait déjà été admis par le Code civil allemand, qui pourtant ignore l'incapacité juridique de la femme. Voici de quelle façon M. Guillier le légitime : « Pour la bonne harmonie du ménage, écrit-il, il ne faut pas qu'à l'insu de l'époux, et à plus forte raison contre son gré, la femme remplisse une fonction qui peut être, pour elle et son intérieur, grosse de conséquences, qui peut l'absorber au point de lui faire négliger ses propres intérêts et ceux de sa maison, qui permet d'introduire à son foyer un enfant dont la présence sera pénible au mari, et qui enfin pourra sérieusement engager la responsabilité pécuniaire de la tu-

(1) Revue pol. et parl., 10 juin 1917, p. 316, n° 1.

trice. D'autre part, comme nous pensons que le mari doit être dans tous les cas cotuteur... il est impossible de lui imposer une responsabilité en raison d'une gestion qu'il n'a pas autorisée. » C'était l'opinion exprimée par Mlle Porez (1), et nous la partageons entièrement.

Donc la femme devra obtenir, pour être tutrice, l'autorisation de son mari. La loi ne dit absolument rien de la **forme de cette autorisation**. Seul le rapport de M. Guillier fournit sur ce point important des précisions, d'ailleurs insuffisantes : « L'autorisation du mari une fois donnée, soit formellement, soit même tacitement, habilitera la femme à faire seule tous les actes que comportera son administration ». Il eût fallu l'insérer dans le texte de la loi, et même reprendre les détails minutieusement formulés dans le projet de M. Marc Réville (art. 2) : « L'autorisation résultera du fait que le mari présent à la réunion ne se sera pas opposé à l'acceptation de la tutelle par sa femme. Il en sera fait mention au procès-verbal, avant la lecture et la signature de l'acte. Si le mari n'est pas présent à la délibération, il pourra, dans les trois jours, venir faire, en personne ou par mandataire, une déclaration d'autorisation... A défaut de cette déclaration, le greffier devra, le quatrième jour, lui notifier par lettre recommandée la décision du conseil de famille ; il lui fera connaître qu'il a un délai de cinq jours pour déclarer au greffe qu'il fait défense à sa femme d'accepter la tutelle

(1) Mlle Porez, op. cit., p. 74.

et que, faute de ce faire, il sera réputé avoir autorisé sa femme... »

Ici se posent deux questions assez importantes, complètement omises par notre loi. Mais elles ne nous semblent pas difficiles à résoudre, à l'aide des principes généraux :

1° L'autorisation du mari pourra-t-elle être, le cas échéant, remplacée par celle de la justice ? La loi n'en dit absolument rien. La proposition de M. de Castelnau le prévoyait par les mots : « ... avec l'autorisation de son mari, ou, à défaut, celle de la justice... » Mais, comme le dit justement M. Violette dans son rapport du 16 février 1910, on ne peut plus envisager l'autorisation de justice, si l'on admet, comme cela s'impose, le principe de la responsabilité nécessaire du mari. Ce principe ayant triomphé dans notre loi, il serait donc contraire à son esprit d'admettre la possibilité de l'autorisation judiciaire. La loi belge du 10 août 1909 avait prévu expressément cette question et l'avait résolue négativement dans l'article 442 bis ajouté au Code civil. Nos législateurs auraient bien dû suivre le bon exemple donné une fois de plus par un pays étranger.

2° On peut aussi se demander si l'autorisation maritale est nécessaire à la femme, pour accepter une tutelle testamentaire. La loi, en effet, n'en parle qu'à propos de la tutelle dative. Mais la solution ne saurait être douteuse : les mêmes raisons se trouvent valables, et absolument rien ne s'oppose à l'application du principe établi par l'article 405, al. 2.

En tout cas, si le mari a permis formellement ou tacitement à sa femme d'accepter une tutelle, il **devient nécessairement de ce fait cotuteur** (nouvel article 405, al. 2).

— Dans les premiers projets de loi, l'autorisation matrimoniale était déjà exigée pour les femmes (art. 2 du projet Marc Réville, nouvel art. 442, al. 2 C. civ. de la proposition de M. de Castelnau). Mais le mari n'était pas rendu personnellement responsable des suites de la tutelle. C'est M. Violette qui demanda dans son rapport et qui obtint cette modification essentielle : l'établissement de la cotutelle.

Il y va surtout de l'intérêt du mineur, qui risquerait fort de se trouver lésé et n'aurait aucune garantie, si le mari se sentait irresponsable. La cotutelle n'est évidemment pas ici, comme certains ont pu le croire, une preuve de défiance à l'égard de la femme. D'ailleurs, la loi ne fait, ici encore, qu'étendre à toute tutrice mariée la mesure qu'édictait le Code civil pour la veuve tutrice légale qui se remarie, et pour les mêmes motifs (art. 396, al. 1).

Le mot « nécessairement » nous prouve que la cotutelle est imposée au mari dans tous les cas, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux — exactement comme pour la veuve tutrice légale.

La cotutelle cesse, et la tutrice conserve sa fonction d'après le nouvel article 396 (al. 2).

1° En cas de décès (il n'était pas indispensable de le mentionner), d'interdiction ou d'internement du mari.

2° En cas de divorce ou de séparation de corps (art. 396 fin). Cette disposition entièrement nouvelle ne fait

que consacrer et compléter législativement la solution admise déjà par la doctrine. Elle est due à la commission du Sénat. « La tutrice, écrit M. Guillier, ne pourrait pas continuer à avoir des rapports d'affaires avec l'homme, avec lequel la vie commune a été reconnue impossible. Celui-ci, devenu pour elle un étranger, l'est à plus forte raison pour le mineur dont elle a pris la charge. »

II. — La femme aura également besoin de l'autorisation de son mari, pour être nommée subrogée-tutrice. C'est le nouvel article 420, al. 2, qui l'exige.

Mais la loi établit ici une différence remarquable et bien justifiée. Elle ne prescrit plus, comme pour la tutelle, que le mari doit être solidairement responsable des actes de sa femme. En effet, le subrogé-tuteur « n'est, en quelque sorte, qu'un agent de contrôle, appelé surtout à surveiller l'administration du tuteur et n'ayant qu'exceptionnellement à faire acte de gestion. » La mesure de précaution, que nous avons étudiée, à propos de la tutelle, ne se justifierait plus.

III. — Enfin, pour devenir curatrice, la femme devra également se faire autoriser par son mari. Cela résulte expressément du nouvel article 480, al. 2. Naturellement, le mari ne sera pas plus responsable des actes de son épouse, que pour la subrogée-tutelle.

3° Cas de mariage ou de remariage de la tutrice. —

Il peut arriver que la tutrice, non mariée au moment de l'ouverture de la tutelle, se marie ou se remarie au cours de la tutelle. Pour résoudre les difficultés qui peuvent résulter de ce changement, notre loi se borne à étendre

à toute femme tutrice les règles diverses du Code établies pour la mère tutrice légale (nouv. art. 395 et 396).

La tutrice est donc obligée, avant l'acte de mariage, de convoquer le conseil de famille (nouv. art. 395, al. 1, 3).

A. — En cas de non-convocation, elle perd de plein droit la tutelle. Le mari est alors responsable des suites de la tutelle indûment conservée par sa femme (al. 2).

Voici comment M. Guillier justifiait l'extension à toute tutrice de la règle édictée par le Code pour la mère tutrice : « Le futur époux peut n'offrir que de médiocres garanties pour le pupille. On peut craindre que la tutrice ne puisse se dégager de l'influence néfaste qu'exercera son mari. La confiance qu'elle inspirait au conseil de famille quand elle était indépendante, peut se trouver diminuée ou même supprimée du seul fait d'un mariage que les parents n'approuvent pas. Il est donc nécessaire que le conseil soit consulté par la tutrice avant son mariage, et qu'il soit appelé à trancher la question de savoir si elle sera ou non maintenue dans la tutelle.

On a remarqué dans le nouvel article 395 la suppression du mot « solidairement ». On pourrait donc désormais invoquer ce texte pour déclarer que le mari n'est plus solidairement responsable des suites de la tutelle indûment conservée par la tutrice. Mais ce détail n'a donné lieu à aucune explication dans les travaux parlementaires. D'ailleurs, la solution négative serait tout à fait inconciliable avec le nouveau texte de l'article 396, qui, lui, maintient formellement la responsabilité solidaire du mari cotuteur, dans le cas où le conseil de famille a conservé la

tutelle à la mère (ou à la tutrice). D'autre part, la jurisprudence admet que les coauteurs d'un dommage sont solidairement responsables des conséquences de leur faute. L'omission du mot « solidairement » doit donc être attribuée à un simple oubli, d'ailleurs regrettable : il n'en faudra point tenir compte dans l'interprétation de la loi.

B. — Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la femme, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le mari, qui deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage (nouv. art. 396, al. 1). Le motif reste le même, et ce n'est toujours que l'extension à toutes les tutrices des règles relatives à la mère.

Remarquons en passant que la loi n'a rien changé d'important à l'article 400 C. civ. La mère remariée et maintenue dans la tutelle peut désigner un tuteur (ou une tutrice) testamentaire à ses enfants du premier lit ; mais son choix doit être confirmé par le conseil de famille. On peut, en effet, craindre l'influence du second mari sur cette nomination. Il peut advenir aussi que la mère remariée désigne son second mari comme tuteur des enfants de son premier lit, malgré l'intérêt contraire de ceux-ci. Mais, si cette défiance est légitime, n'aurait-elle pas la même raison d'être à l'égard du père remarié ? Les mêmes inconvénients pouvant se présenter, son choix d'un tuteur devrait être également soumis à l'approbation du conseil de famille. Il suffirait de modifier ainsi l'article 400 : « Lorsque celui des époux qui s'est remarié et a été maintenu dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur ou d'une

tutrice aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille. » C'était déjà le vœu formulé dans sa thèse par Mlle Porez (1) ; il est surprenant que le législateur n'y ait point pensé.

4° Maintien du conseil de tutelle. — La loi nouvelle maintient une marque importante d'infériorité pour la femme, en ne supprimant pas le conseil de tutelle pour la mère veuve. C'était là, en effet, un corollaire du principe d'incapacité féminine proclamé par le Code civil. Cette suppression s'imposait d'autant plus que désormais toute femme peut exercer seule les fonctions de tutrice. Il est inadmissible que les pouvoirs de la mère puissent être ainsi restreints par le mari. Bien que dans la pratique les maris n'utilisent guère cette faculté, il conviendrait donc d'abroger expressément l'article 391.

Ou bien, si c'est une méfiance justifiée qui en permet l'application à la veuve, pourquoi alors ne pas l'étendre aussi au mari veuf, et ne pas permettre à la femme de lui nommer un conseil de tutelle ? — C'était l'opinion de M. Marc Réville, dont le projet de loi modifiait ainsi l'article 391 : « Pourra désormais le prémourant des père et mère nommer au survivant et tuteur un conseil spécial, sans l'avis duquel celui-ci ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. » Voici ce que disait M. Réville pour légitimer cette modification : « N'avons-nous pas tous connu des ménages, où le père joueur ou paresseux ne con-

(1) Op. cit., p. 79.

servait sa situation sociale que grâce à l'énergie de sa femme qui, une fois la séparation prononcée, reconstituait la fortune dissipée par le chef de la communauté, ou gérant avec sagesse et avec prudence les biens à elle échus ultérieurement ? ...J'en ai rencontré un assez grand nombre, et je n'oublierai jamais les inquiétudes et les angoisses de ces vaillantes femmes, à la pensée que si elles venaient à mourir avant leur mari, c'est ce dernier qui aurait à administrer et qui dissiperait sans doute le bien péniblement remis en ordre par elles pour assurer l'avenir de leurs enfants. Quel désespoir, lorsque, consulté par elles sur le moyen légal qu'elles avaient d'empêcher une telle éventualité, j'étais obligé de dire qu'il n'en existait pas. » (1). M. P. Lapie (2), Mlle Porez étaient d'accord avec M. Réville pour réclamer cette réforme, qui, à notre avis, s'impose, et aurait dû être réalisée par les législateurs du 20 mars 1917.

5° Application aux enfants naturels. — Toutes ces règles sont-elles applicables à la tutelle des enfants naturels, déjà réglée par la loi du 2 juillet 1907 ? On se rappelle que cette loi était loin d'avoir éclairci toutes les difficultés, et qu'elle laissait sans solution certains points importants.

A. — Le nouvel article 428 fait de l'excuse du sexe une règle générale. S'appliquera-t-elle à la mère tutrice d'un enfant naturel, contrairement à l'article 389 modifié par

(1) Doc. parlem. Chambre 1905, annexe n° 2314.

(2) *La femme dans la famille* (1908), p. 255

la loi de 1907 ? Nous ne le croyons pas, le motif de l'exception étant toujours existant : difficulté de trouver un autre tuteur offrant des garanties d'affection et de désintéressement. — Mais pour toute autre femme tutrice d'un enfant naturel, nous admettrons désormais que le nouveau principe doit s'appliquer. C'est bien ainsi que le législateur nous semble avoir décidé, car il n'a pas modifié l'article 389 : « ...sous ces réserves et à l'exception des articles 394 et 402 à 416, toutes les dispositions du présent titre sont applicables à la tutelle des enfants naturels mineurs. » L'article 428 nouveau n'est pas placé parmi les exceptions : il est donc applicable.

B. — En cas de mariage de la tutrice d'enfant naturel, y aura-t-il cotutelle du mari ? Les pouvoirs devront-ils être confirmés par décision du tribunal ? La loi de 1907 déclarait applicables ici les articles 395 et 396 C. civ. relatifs à la mère légitime tutrice légale. Comme la loi de 1917 fait une extension de ces règles à toutes tutrices, il nous semble facile d'admettre ici encore qu'elle s'applique à la tutelle des enfants naturels.

C. — Le principe de l'autorisation maritale posé d'une façon formelle par la nouvelle loi doit s'appliquer pour les mêmes raisons, à la femme nommée tutrice d'un enfant naturel.

Nos législateurs auraient été heureusement inspirés, si en rédigeant la loi, ils s'étaient reportés à celle de 1907 pour la préciser et la compléter d'une manière expresse sur les points restés plus ou moins obscurs.

C. — Tutelle des Pupilles de la Nation

Le projet de loi voté par le Sénat, le 23 juin 1916, dont nous avons parlé précédemment, est devenu la loi du 27 juillet 1917, « instituant les pupilles de la nation ». Bien que l'étude de cette loi soit hors de notre sujet, nous ne pouvons pas passer sous silence le rapport qu'elle présente avec la loi du 20 mars 1917.

Cette loi, cependant postérieure de quatre mois à la nôtre, semble ne pas tenir compte du principe qu'elle a posé. Elle présente en effet l'admission des femmes à la tutelle des pupilles de la nation comme une dérogation au droit commun. L'article 21 (al. 2, 3) notamment, prévoit que les sœurs, tantes et grand'tantes de l'enfant peuvent être nommées tutrices, ou appelées à faire partie des conseils de famille ; et encore faut-il qu'elles soient célibataires ou veuves.

L'opposition entre ces deux lois ne semble pas avoir été voulue par le législateur. Il faut y voir plutôt une de ces déféctuosités de rédaction malheureusement si fréquentes dans les lois modernes, faites presque toujours beaucoup trop vite et sans soin. Un projet rectificatif a été déposé au Sénat, le 3 août 1917, par le Gouvernement.

En attendant le vote de ce projet, les femmes ne peuvent-elles être admises à la tutelle des pupilles de la nation que dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi du 27 juillet 1917, ou bien peuvent-elles être ad-

mises sans réserve, comme le veut la loi du 20 mars 1917 ? La question est vraiment embarrassante pour ceux qui ont à appliquer la loi. Aussi, le garde des sceaux, M. Louis Nail, y a-t-il consacré un passage de la circulaire qu'il a adressée, le 7 janvier 1918, aux Procureurs généraux près les Cours d'appel : « Les juges de paix et les conseils de famille agiront prudemment en se conformant pour l'instant, afin de couper court à toute difficulté, aux règles restrictives de l'article 21. » (1).

PARAGRAPHE DEUXIEME

Tutelle féminine des Interdits

La Femme Conseil judiciaire

1° Tutelle des interdits. — L'article 405 C. civ. n'a pas été modifié par la loi du 20 mars 1917. Il reste ainsi conçu : « Il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit. »

Devons-nous donc en conclure que la femme, admise à la tutelle, admise à la subrogée-tutelle d'un mineur, ne l'est pas à celle d'un interdit ? Nous pensons qu'il faut voir, ici encore, une simple omission du législateur, qui a oublié d'ajouter dans l'article 405 les termes « tutrice » et « subrogée-tutrice » à côté des termes masculins du Code.

(1) cf. *Bull. légis. Dalloz*, N° 1, p. 20-25.

La solution négative serait absolument inconciliable avec l'esprit de la loi. La question n'a même pas été posée au cours des travaux préparatoires — évidemment parce qu'elle ne faisait pas de doute.

D'ailleurs, nous voyons par l'article 407 C. civ. qu'au temps où la femme était en principe exclue de la tutelle et des fonctions analogues, l'épouse de l'interdit pouvait être tutrice de son mari. La femme, si inférieure à l'homme civilement, courbée sous l'autorité maritale, pouvait devenir tutrice de son maître. A plus forte raison, aujourd'hui, une femme doit pouvoir être tutrice de toute autre personne interdite (1). C'est le vœu émis depuis longtemps par plusieurs auteurs. Nous citerons : Mlle Porez (2) qui parle longuement de l'utilité d'une telle réforme et rapporte un exemple frappant cité par M. Morel d'Arleux, des avantages qu'elle est susceptible d'entraîner : « Il y a peu de temps, dit-il, une dame meurt, laissant quatre enfants : deux fils, deux filles, dont l'une interdite depuis quarante ans, et une veuve ayant des enfants et sachant gérer sa fortune. Dans la situation actuelle, on a été obligé de prendre un des frères qui ne présentait pas la même sécurité que sa sœur veuve pour la gestion de la fortune de sa sœur qui était dans une maison de santé. »

Il est surprenant aussi que le législateur de 1917 n'ait pas songé à établir la tutelle légale, et non plus seule-

(1) Rev. pol. et parlem., 10 juin 1917, p. 311

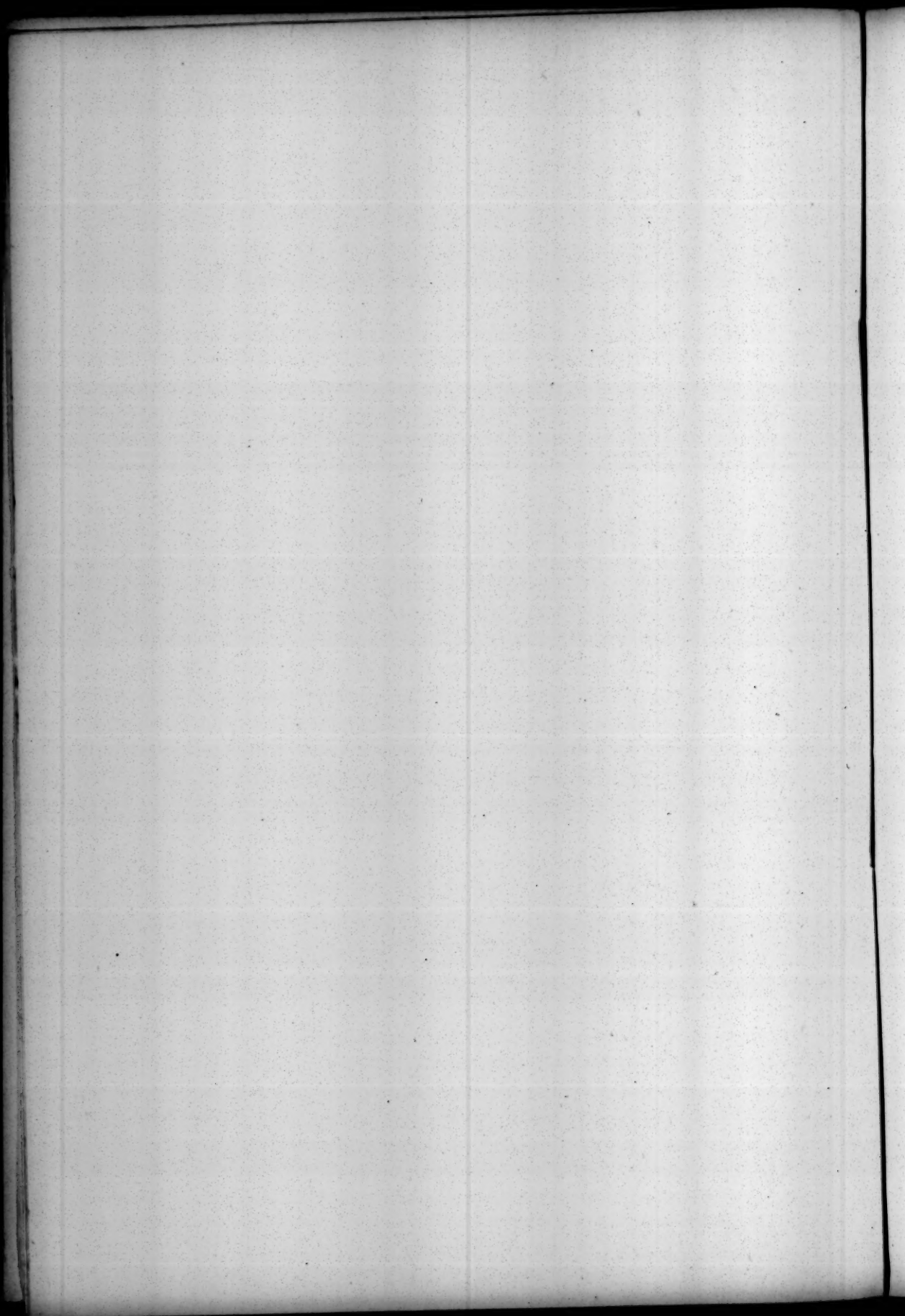
(2) Mlle Porez, op. cit., p. 83.

ment dative pour l'épouse de l'interdit. La tutelle dative est ici une conséquence du principe d'incapacité féminine admis par le Code : le principe étant aboli, la conséquence doit être effacée. Il faut donc faire disparaître ici l'inégalité choquante entre l'homme et la femme, soit en rendant la tutelle légale pour l'un et pour l'autre, soit plutôt en la rendant toujours dative, comme le proposait Marc Réville dans son nouvel article 507, tout en supprimant l'article 508 : « Celui des deux époux contre lequel l'interdiction n'a pas été prononcée, pourra être chargé de la tutelle de l'autre. Le conseil de famille règlera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de l'époux non interdit, qui se croirait lésé par les dispositions prises par le conseil de famille. »

2° La femme conseil judiciaire. — Le législateur aurait dû également compléter son excellente réforme en admettant les femmes à être aussi conseil judiciaire. M. Marc Réville y avait pensé et voulait modifier en ce sens l'article 513 C. civ. (1). Cette fonction ressemble beaucoup à celle du curateur d'un mineur émancipé, bien que la jurisprudence tende de plus en plus à attribuer au conseil judiciaire un rôle actif que le Code ne prévoyait pas (2). En tout cas, il n'y a aucune raison sérieuse pour qu'une femme capable ne puisse être choisie comme conseil judiciaire, d'autant plus que la nomination est toujours faite par le tribunal.

(1) Doc. parl. Chambre 1905, annexe 2314

(2) Planiol : op. cit., t. I, p. 639 et s.



CONCLUSION

Aux yeux de l'étranger, la France passe pour le pays de la traditionnelle galanterie. Mais, en réalité, cette galanterie est plus extérieure que réelle, et plutôt verbale que vraiment profonde. Trop souvent, l'homme, chez nous, méconnaît la valeur de la femme : elle n'est encore pour lui que la servante docile ou l'instrument de plaisir, souvent les deux à la fois, ou bien aussi, pour les plus raffinés, un joli jouet, un bijou précieux que l'on admire, à qui l'on fait fête parce qu'il orne le foyer, mais auquel on ne reconnaît pas d'utilité sérieuse.

Cependant, depuis cent ans, surtout depuis la guerre de 1870-1871, la femme française s'est peu à peu élevée. Elle a pris conscience d'elle-même, de ses sentiments et de ses pensées. Avec son cœur et son cerveau qu'on aimait à dire si léger, elle a développé sa volonté, son énergie. Elle veut jouer un rôle social de plus en plus actif et fécond. Aujourd'hui surtout, elle veut, de toutes les forces vives qu'elle sent en elle, maintenir et refaire belle et forte la France profondément meurtrie et affaiblie.

La guerre a lumineusement montré l'importance des femmes dans une nation, en éloignant de la vie civile et de la vie économique le meilleur de la population mâle, plus de quatre millions de Français, dont aujourd'hui

beaucoup sont à jamais perdus pour le pays. C'est là une des heureuses conséquences de l'horrible fléau qui, depuis près de quatre ans, dévaste le monde.

Mais ce sont les hommes seuls qui ont fait nos lois, et pour eux d'abord. Et nos lois sont précisément les plus grands obstacles au progrès féminin, à l'utilisation sociale de la femme française. Par bribes seulement, notre admirable mais trop vieux Code civil se modernise, devient plus juste et plus libéral pour le « sexe faible », lui donnant ainsi un peu plus de force pour agir à côté et en compagnie de l'homme, sans pour cela qu'il perde ses charmantes qualités. Comme il faut que ces progrès soient imposés par les circonstances ou par l'élémentaire équité pour que l'homme, dans son orgueilleux égoïsme, veuille les admettre et même les consacrer !

La loi du 20 mars 1917 constitue une étape remarquable dans cette voie nouvelle ; et, malgré ses nombreuses imperfections, dont la cause est malheureusement trop évidente, elle mérite d'être saluée avec joie par les femmes françaises. Est-il, en effet, beaucoup d'œuvres aussi belles, aussi nobles que la protection de l'enfance privée de ses soutiens naturels ? En est-il surtout où la femme puisse davantage apporter et laisser épanouir sa tendresse native et sa sollicitude dévouée ? On ne pouvait pas, on ne devait pas priver plus longtemps les mineurs de cet appui précieux, que l'homme peut moins bien leur donner, aujourd'hui moins que jamais. Maintenant, par milliers, nos enfants sont orphelins. Il appartient aux femmes de France d'en faire des Français. Aussi nous réjouissons-nous d'a-

voir enfin ce droit de la tutelle, qui nous fut si longtemps refusé par l'homme, parce qu'il nous croyait incapables de l'assumer et de l'exercer ; nous acceptons avec courage la lourde responsabilité qu'il apporte pour nous.

Qu'il nous soit maintenant permis de demander pour la femme des droits civils nouveaux, qui la fassent presque, sinon complètement, l'égale de l'homme ! Une refonte du chapitre du Mariage devrait être faite dans ce sens. — Quant aux droits politiques, on sait que le parti féministe réclame inlassablement l'égalité absolue de la femme et de l'homme...

Il semble difficile, en théorie, de leur refuser ces droits, que d'ailleurs elles possèdent déjà dans quelques pays très avancés, comme la Nouvelle-Zélande. Mais les femmes françaises sont-elles bien mûres pour cet immense et dernier progrès ? Beaucoup de bons esprits ne le croient pas, et affirment qu'auparavant les hommes, aidés des femmes supérieures déjà affranchies, doivent achever l'éducation, le relèvement intellectuel et moral de la masse des autres femmes.

Que de fois, avant la guerre, on entendait parler de l'éducation de la démocratie ! Et l'on ne pensait qu'aux hommes ! Malheureusement, ce n'est pas encore une belle et réconfortante réalité : et bien des hommes ne méritent guère par leur valeur personnelle les droits dont ils jouissent. Ne risquerait-on pas d'aggraver encore un mal trop réel, en jetant brusquement dès aujourd'hui aux femmes françaises un ensemble de droits aussi importants pour la vie du pays ? Mais le jour, que nous espérons prochain,

où elles seront devenues capables de les recevoir et d'en bien user, n'hésitez pas à les envoyer dans nos mairies, à nos assemblées départementales, au Parlement enfin, pour y porter leur dévouement désintéressé, leur esprit fin et nuancé, leur voix conciliatrice. Permettez à ces habiles directrices de la maison de concourir à la direction de leur pays, pour lequel elles font déjà tant dans le cercle encore trop restreint de leur activité, que la Grande Guerre est venue élargir, en mettant la femme à la place de l'homme, occupé, sur les glorieux champs de bataille, à défendre la patrie attaquée.

Vu : *Le Président de la Thèse,*

E. AUDINET.

Vu : *Le Doyen,*

G. BARRILLEAU.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER .

Le Recteur,

LÉON PINEAU.

TABLE DES MATIÈRES

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE	7
INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE : <i>Tutela munus civile</i>	15
Ch. I. — Dans l'Antiquité	17
Ch. II. — Du Droit romain au Code civil	33
Ch. III. — Le Code civil	47
DEUXIÈME PARTIE : Les idées modernes	65
Ch. IV. — Influence du Code civil. — Législa- tion comparée	67
Ch. V. — Critique du Code en France	83
Ch. VI. — Loi du 2 juillet 1907	91
Ch. VII. — Origine et préparation de la loi du 20 mars 1917	103
Ch. VIII. — Etude critique de cette loi	111
CONCLUSION	139
TABLE DES MATIÈRES	143